DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

GENERALIDADES

1. Noção de DIP

- ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem as normas a que deve obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de carácter internacional (situações "plurilocalizadas")

2. Lei aplicável às situações "plurilocalizadas": A) a "teoria dos estatutos"

- partia-se do próprio texto dos estatutos ou costumes em "conflito"
- os estatutários interrogavam os preceitos jurídicos em causa sobre os limites da 1/ aplicação espacial → sobre os factos ou as pessoas a que se destinavam e que pretendiam reger

3. B) O método tradicional do DIP

I — A concepção de Savigny

- o autêntico problema do DIP é o de procurar para cada relação jurídica e à luz da 1/ natureza particular (melhor: para cada um dos tipos ou grupos de relações jurídicas em que assentam, conforme as quatro grandes divisões do DC), a 1/ verdadeira sede → a sede da relação jurídica determina o direito local a que está sujeita

Mendonça Correia

II — O método tradicional: método da conexão, ou método conflitual, ou técnica da regra de conflitos (desde SAVIGNY)

A) O problema do DIP

- estão em jogo relações conexas com diferentes sistemas de direito e com diferentes tipos de regulamentação jurídico-material → qual desses sistemas deverá ser chamado a reger a situação concreta, tendo em conta as conexões existentes entre as leis interessadas e os factos a regular (e eventuais outros factores)?

B) O método do DIP

- definição de diversas áreas de regulamentação ou núcleos de questões jurídicas; por exemplo:
  - matrimónio e sucessão por morte
  - início e termo da personalidade
  - validade e efeitos dos contratos
  - representação e gestão de negócios
  - etc.
- designação do elemento ou factor de conexão (elemento da factualidade típica) por intermédio do qual se deverá determinar a lei aplicável nesses diferentes domínios:
  - o acto jurídico fonte da obrigação
  - os factos por que deva traduzir-se o cumprimento
    - → ligados por natureza ao território em que são praticados
  - a coisa, móvel ou imóvel, objecto da relação jurídica
    - → ligada por natureza ao país da situação
  - os sujeitos da relação
    - → ligados a determinado país (1) ou pela nacionalidade, (2) ou pelo domicílio (ou sede)
- (NB) a conexão relevante deve ressaltar [v. infra, n.º 10]
  - dos fins gerais do DIP
  - dos principais valores e interesses que adversariam dos vários capítulos

Mendança Correia

4. C) OUTRAS CONCEPÇÕES DIFERENTES DA TRADICIONAL SOBRE O MÉTODO DO DIP

I — A "better law approach" e a perspectiva do interesse do Estado

(NB) são opções que aceitam ainda como ideia fundamental a da aplicação às relações internacionais de carácter privado dos preceitos jurídico-materiais dum dos sistemas com os quais elas se encontrem em conexão

A) A "better law approach"

a) ideias

- a "better law approach" preconiza o recurso àquela, dentre as legislações espacialmente conexionadas com a factualidade concreta, que conduzir no caso ao resultado material mais justo
- CAVERS
  - 1ª fase → limitou-se a sustentar que à escolha do preceito material aplicável deveria presidir um duplo critério: (1) o da justiça devida às partes, (2) o dos objectivos da política legislativa visados pelas normas em concurso
  - 2ª fase (década de 60) → propôs alguns critérios complementares para orientar o juiz na 2ª fase [porém, tratava-se de simples critérios ou razões de preferência ("principles of preference"), não de verdadeiras normas jurídicas]

b) crítica

- é manifesto que está votada ao insucesso a tentativa de prever todos os tipos de conflitos entre preceitos materiais susceptíveis de se produzir
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- também está votada ao insucesso a tentativa de formular para esses tipos de conflitos um critério válido de opção, uma razão decisiva de preferência ⟹ aliás, o próprio CAVERS advertiu que a validade desses critérios estaria dependente, em última análise, de preencherem aptidão para serem incluídos num direito comum a todas as Nações
- KEGEL ⟹ a melhor lei, considerada as coisas do ponto de vista da regulamentação material que estabelece, nem sempre será a que mais convém à situação concreta, atenta a 1/ natureza de situação plurilocalizada: olhadas as expectativas dos interessados e os outros fins que o DIP se propõe realizar

B) A perspectiva do interesse do Estado

a) ideias

- CURRIE
  - o problema que se põe não é o de achar a lei mais estreitamente conexa com os factos, mas o de analisar as "políticas" que estejam implícitas nas várias normas em concurso, e de averiguar a essa luz qual o Estado real/ interessado na aplicação da 1/ lei
  - se dois Estados estiverem interessados e um deles for o do tribunal, dar-se-á preferência à "lex fori"; a mesma coisa, se ambos forem estrangeiros e o conflito entre eles insanável

b) crítica

- nasa/ é possível deduzir do fundamento ou da "policy" duma norma as balizas do 1/ campo de aplicação espacial [v. infra, n.º 5]
- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- esquece-se que a intenção primordial do DIP é assegurar o reconhecimento nos diferentes países das "situações plurilocalizadas" (evitando, assim, a frustração das legítimas expectativas das partes e de terceiros) e favorecer, deste modo, o desenvolvimento do comércio jurídico internacional

II — Tendência substancialista

(NB) advoga o recurso a critérios de justiça material para resolver os problemas suscitados pelas relações internacionais

A) Determinação da solução mais adequada ao caso concreto

a) ideias

- (NB a ideia de confiar ao julgador a pesquisa da solução material mais adequada às características da situação concreta "sub judice", embora surja com certa frequência na doutrina, jamais foi preconizada como directiva ou como critério central do DIP)

- STEINDORFF → o DIP deve formular, com vista a determinadas categorias de casos e mediante adequada combinação das leis em concurso, regras materiais novas, as quais passem a constituir uma parte essencial do "repositório de soluções"

- v. MEHREN → recomenda, para a resolução dos "verdadeiros" conflitos [os de sistemas: v. infra nºs 12-14], o reconhecimento dos pontos de vista de todas as ordens jurídicas que tenham um interesse legítimo em controlar a situação litigiosa (o que, por vezes, conduz a soluções salomónicas)

b) crítica

- o método das decisões casuísticas (seja qual for a "forma") é sempre um método deficiente: poderá reclamar-se eventualmente da justiça do direito, mas com detrimento da certeza ou segurança da vida jurídica

Mendonça Correia

c) cfr. situações de cúmulo e de vácuo jurídico

- nestas situações [v. infra, nº 10/I/B)], o recurso àquele método surge, por vezes, como inevitável

- (NB) porém, o expediente a usar aqui em primeira linha consiste (segundo FERRER CORREIA) na criação de regras de conflitos especiais: regras de segundo grau ou de segundo escalão ⇒ se este método for impraticável, haverá que recorrer ao procedimento ou técnica da adaptação; e por esta via se chegará, eventualf, a uma norma nova, porventura obtida mediante aproximação ou combinação dos pontos de vista normativos das leis em conflito [v. infra, nº 21]

B) DIP material

a) ideias

- pretende-se resolver os problemas emergentes das relações privadas internacionais através de normas dum direito material especial, o qual seria (1) ou constituído em cada Estado por iniciativa do legislador interno, (2) ou (preferível) criado por via de convenção multi-estadual

- (NB) a razão fundamental desta tendência reside num pretenso desafinamento entre as leis nacionais dos Estados (criadas apenas para as relações da vida jurídica interna) e os actos e situações do comércio jurídico internacional (com as suas necessidades e problemas peculiares)

Mendonça Correia

b) crítica

- é facto averiguado que em todas as legislações existem normas expressa/ promulgadas para regular aspectos ou frentes concretas de certas relações internacionais; mas é evidente que esse facto, exacta/ porque as ditas normas (com excepção do caso particular das que integram o instituto do reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras) só visam aspectos isolados da disciplina legal das situações que contemplam, não se inscreve numa linha de contestação do sistema conflitual → aliás, a aplicabilidade dessas disposições não deixa de estar dependente da existência duma conexão (embora especial) da factualidade concreta com a ordem jurídica a que pertencem

- o mesmo se diga dos raros casos em que o legislador interno tenha criado uma disciplina global para toda a gama de relações compreendidas em determinado sector da actividade jurídica (Cód Com Internacional da Checoslováquia de 1963; Lei da RDA sobre os contratos económicos internacionais de 1976 ⇒ subordinam, expressa e formal/, a aplicação dos / preceitos à condição de as regras de conflitos gerais do respectivo sistema jurídico declararem, no caso concreto, o direito local competente)

- e o mesmo se diga das próprias convenções internacionais que estabelecem direito material uniforme, (1) quer esse direito se destine a substituir inteiras o direito comum na matéria que versa e no ordenamento jurídico de cada Estado contratante, (2) quer esse direito se dirija apenas às relações de certa categoria quando assumam natureza internacional

  → o segundo caso suscitou em certo tempo dúvidas e hesitações discutíveis → actual/, a tendência dominante vai no sentido de dever exigir-se, para que o direito uniforme seja aplicável, a existência duma conexão significativa entre a espécie jurídica em causa e pelo menos um dos Estados contratantes (cfr. Conv. Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, de 1980; a

Mendanha Correia

posição do Instituto de Direito Internacional na sessão de Dijon, 1981)

- "... a opção pelo DIP material não é inaceitável de eliminar o problema da conexão e da escolha da lei pelo processo e nas formas que uma longa e rica tradição consagrou; nem outra coisa se compreenderia em face dos princípios universais de direito: é que a norma jurídica não é aplicável a condutas que se situem fora da sua esfera de eficácia (espácio-temporal) ⇒ o não acatamento de qualquer destes princípios traria inevitável consigo o perigo de ofensa de direitos adquiridos ou, pelo menos, de expectativas legítimas concebidas pelos interessados"

5 D) CONCLUSÕES

- é inegável que cada uma das alternativas radicais ao método tradicional (embora inaceitáveis como tais) contém uma parte de verdade, concorrendo todas para a definição da metodologia do discurso típico do DIP

- assim, o DIP não pode deixar de recorrer em certos casos (excepcionais) ao expediente ou técnica da adaptação ⇒ matéria em que está reservado um papel importante à "âra inveniendi" do órgão de aplicação do direito

- (embora não se possa admitir que através da elaboração do DIP material se consiga eliminar o problema da escolha da lei através de regras de conflitos apropriadas) a formação de direito material uniforme por via convencional é certa de aplaudir e fomentar, para reduzir a área dos conflitos de leis e contribuir para o desenvolvimento do comércio jurídico internacional

- (...)

Mendonça Correia

• (...)

• (embora uma opção sistemática pela "best rule", seja condenável) torna-se impossível recusar o concurso de critérios de justiça material para uma adequada resolução dos conflitos de leis

• em vários direitos positivos já se nos deparam normas que operam a escolha da lei em função do resultado → consistindo esse resultado quer na preservação da validade e eficácia dum negócio jurídico, quer na facilitação da constatação de certas situações ou estados (p. ex: estabelecimento da relação de filiação), quer ainda na salvaguarda de certas liberdades jurídicas (p. ex: anulação ou dissolução do vínculo conjugal), na tutela da parte mais fraca, etc.

• a valorização do elemento representado pelo conteúdo e fins dos preceitos jurídico-materiais toma vulto nas matérias da qualificação e da adaptação → (NB) e relevá em particular para as normas espaciais condicionadas ou auto-limitadas, cuja natureza específica reside em delimitarem elas próprias o seu âmbito de aplicação espacial através dum processo técnico semelhante ao da regra de conflitos (v. DL EIRL art. 36º II, DL Contrato de Agência art. 38º)

• o 3º método é pluralista multidimensional → é certo que o modelo é constituído pelas regras de conflitos; mas ele não deixa de se definir, enquanto direito de conflitos, pôr uma larga abertura aos critérios e valores da justiça material, e à utilização da perspetiva comparatística

• (...)

• ... o DIP actual assume, como característica predominante, o procurar atingir os seus fins utilizando diferentes vias metodológicas

Mendonça Correia

- (...)

- (...) o DIP actual assume, como característica predominante, o procurar atingir os seus fins utilizando diferentes vias metodológicas

- (...)

- o sistema das normas de conexão já não constitui todo o DIP → o DIP é vasto espaço onde se acolhem vários instrumentos e sistemas de preceitos jurídicos de diversa índole (direito de conflitos e direito material; direito convencional e direito interno; direito substantivo e direito adjectivo): todos aqueles cujo objectivo último seja dar satisfação e resposta às necessidades e problemas que um comércio jurídico e uma sociedade internacional em permanente expansão por toda a parte propõem ao direito

CONFLITOS DE LEIS

6. Função da norma de conflitos: A) Normas de conflitos bilaterais, (imperfeitas) bilaterais) e unilaterais

I — Importância da distinção

- o "modus operandi" do DIP segundo a escola clássica ajusta-se mais própria à regra de conflito bilateral

- o sistema da bilateralidade é o adoptado na generalidade das legislações → razão de ser: (1) as normas unilaterais criam lacunas, (2) há casos de não aplicação duma lei que "quer" ser aplicada, (3) há casos de aplicação duma lei que não "quer" ser aplicada, (4) (NB) a norma de conflitos não delimita nem reparte competências legislativas entre Estados, mas regula situações "plurilocalizadas"

Mendonça Correia

II — Norma de conflito bilateral

- noção
  - a norma de conflito bilateral limita-se a definir a conexão determinante, sem fazer acepção da nacionalidade da lei a cuja aplicação ela conduza
- esquema
  - "as questões jurídicas pertencentes à categoria x (p. ex.: as questões do poder paternal) serão resolvidas de conformidade com os preceitos da lei a que a situação concreta estiver ligada através duma conexão da espécie y" (p. ex.: a nacionalidade comum dos pais e, na falta desta, a residência habitual comum: CC art. 57.º/1)

III — Norma de conflito imperfeita/bilateral

- noção
  - a norma de conflito imperfeita/bilateral determina tanto a aplicação do direito local como a de leis estrangeiras, mas só se ocupa de certos casos caracterizados pela existência de determinados elementos que os relacionam com a vida jurídica do Estado do foro
- v. CC art. 51.º/1/2

IV — Norma de conflito unilateral

- noção
  - a norma de conflito tem única/por objecto delimitar o âmbito de competência dos preceitos materiais do ordenamento a que pertence → (NB) não deixa de ter por função seleccionar o factor de conexão decisivo para a matéria jurídica a que se reporta; mas apenas de entre aqueles que possam relacionar a situação concreta controvertida com o direito local
- esquema
  - "as questões jurídicas do tipo x (p. ex.: as questões de estado e capacidade) serão resolvidas pelo direito local, desde que entre a situação a regular e este ordenamento exista uma conexão do tipo y (p. ex.: desde que os sujeitos da relação jurídica sejam nacionais do respectivo Estado)

Mendonça Correia

7. B) MODALIDADES DO SISTEMA DE CONEXÃO

I — Modalidade das regras rígidas ("hard-and-fast Rules")

- faz-se corresponder a cada matéria jurídica ou área de problemas uma norma definidora do factor de conexão decisivo, por forma a que o juiz se encontra vinculado a decidir desse modo (i.e.: recorrendo ao elemento de conexão da norma) sempre que se lhe apresenta uma questão jurídica pertencente àquele sector

II — Modalidade das regras abertas ("open-ended Rules")

- ideia → deixa-se ao juiz largo espaço de liberdade na procura e fixação, em cada caso, da conexão mais adequada ("the most significant relationship", "the closest connection")
- solução
  - adoptada nos EUA pelo 2º "Restatement" ("Restatement of the law — Conflict of laws" de 1971, elaborado por REESE)
  - aflorada
    - na Conv. CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais (arts 4º e 10º)
    - em certos projectos de convenções elaborados nos últimos anos pela Conferência da Haia de DIP
    - (NB) no CC arts 52º/2, 55º e 60º (redacção do DL 496/77)

Mendonça Correia

III — A questão do contrato

- entendimento prevalecente na Inglaterra e na Alemanha
  - sempre que os contraentes não tenham designado a lei reguladora do contrato (ao abrigo do princípio da autonomia da vontade), cabe ao juiz determinar ele próprio a "proper law" do negócio jurídico, recorrendo (1) segundo uns, a factores objectivos, (2) segundo outros, à vontade hipotética das partes
- entendimento tradicional
  - o legislador indica o elemento de conexão a que se terá de atender, se o não tiverem feito os contraentes
  - v. CC art. 42.º

8. ESTRUTURA DA NORMA DE CONFLITOS: A) ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA NORMA DE CONFLITOS

I — Indicação

- norma de conflitos bilateral
  - objecto da conexão
    - "quid", a que o factor de conexão se reporta → (1) segundo uns, relação da vida; (2) segundo outros, relação jurídica; (3) segundo outros, grupos de preceitos materiais ou áreas de questões de direito
    - é definido pelo conceito-quadro = conceito técnico-jurídico que tem como característica essencial o ser apto a incorporar uma multiplicidade de conteúdos normativos [v. infra, n.º 9]
  - (...)

Mendonça Correia

- norma de conflito bilateral
  - elemento ou factor de conexão
    - (...)
    - no âmbito definido pelo conceito-quadro opera o elemento ou factor de conexão escolhido pela norma de conflitos dentre os elementos da factualidade concreta susceptíveis de pô-la em contacto com diferentes sistemas de direito
    - o elemento ou factor de conexão "situa o caso no que toca à valoração de tal ou tais dos / aspectos, no espaço correspondente a um desses sistemas"
  - consequência jurídica
    - consiste na atribuição de competência à lei que for designada em concreto pelo elemento ou factor de conexão (= reconhecimento da competência dessa lei)
    - (NB) a norma de conflitos bilateral enuncia a / consequência jurídica em termos absoluta/ genéricos → verdadeira/, a uma regra de conflitos não corresponde uma, mas tantas quantos os ordenamentos existentes, cabendo a cada caso só um dentre eles poder considerar-se aplicável

II — (A)designação do elemento ou factor de conexão

- sistemas de conexão
  - única → v. CC arts. 30º, 46º/1
  - múltipla
    - alternativa: as conexões a que a norma de conflitos recorre encontram-se no mesmo plano, são igualmente idóneas e legítimas, de modo que determinado resultado pode ser obtido com base na lei referenciada por qualquer delas → v. CC arts. 36º, 65º/1 (∼ "favor negotii")
    - (...)

Mendonça Correia

- (...)
- sistemas de conexão
  - (...)
  - múltipla
    - cumulativa
      - faz depender certo evento do acordo de dois ordenamentos estaduais (mas, na verdade, acaba por aplicar o mais rigoroso e restritivo) → caso raro: v. CC art. 60º/1/4
      - não se confunde (1) com competência duma única lei determinada por uma cumulação de conexões [v. DL 446/85 art. 33º b)], (2) com aplicação distributiva de duas leis (v. CC art. 49º)
    - subsidiária: a previsão da falta (ou da impossibilidade de averiguação: CC art. 23º/2ª in fine) da conexão preferida dita, por via de regra, o recurso a uma conexão subsidiária → v. CC arts. 31º/1 e 32º/1 (quanto ao estatuto pessoal: cfr. art. 25º); 56º/1/2 (quanto à constituição da filiação)
    - condicional
      - uma lei é declarada aplicável sob condição de ela própria se considerar competente → (NB) é o que se passa em virtude do reenvio [v. infra, nº 13]
      - (...)

Mendonça Correia

- sistemas de conexão
  - (...)
  - múltipla
    - (...)
    - condicional
      - (...)
      - a não verificação da condição tem por consequência a aplicação dum sistema jurídico designado, também ele, pelo DIP da lex fori, e designado mesmo em via principal → p. ex.: a regra de conflitos pode estipular que as sucessões por morte serão reguladas pela lei pessoal do autor da herança, a menos que a lei da situação dos bens (imóveis) se considere exclusiva/ competente
      - a condição de que depende a aplicabilidade duma lei está ligada ao conteúdo jurídico-material: a lei concreta/ designada pelo elemento ou factor de conexão da norma de conflitos não será aplicada se conduzir a uma solução grave/ inadequada, do ponto de vista do legislador que criou a mesma norma, a qual determina o elemento ou factor de conexão a que deverá então recorrer-se → v. CC art. 28º

Mendonça Correia

9. B) O CONCEITO-QUADRO DA NORMA DE CONFLITOS E O PROBLEMA DA QUALIFICAÇÃO

I — O problema da interpretação da norma

A) Exposição

- enunciado
  - o DIP é por natureza um direito aberto a todas as instituições e conteúdos jurídicos conhecidos no mundo: a sua perspectiva transcende forçosamente o horizonte do sistema jurídico interno ⇒ na categoria normativa de cada regra de conflitos há-de poder incluir-se os múltiplos preceitos e os numerosos institutos estrangeiros que, no ordenamento em que se inscrevem, se proponham realizar a mesma função sócio-jurídica que o legislador do foro tinha em mente ao aludir àquela categoria, ou uma função substancialmente análoga
- resolução
  - (NB) os conceitos que exprimem as categorias normativas (= "institutos"; CC art. 15º) correspondentes às diversas regras de conflitos do sistema deverão ser entendidos no mais lato termo
  - o DIP tem a sua intencionalidade (= "justiça") própria ⇒ a interpretação das suas normas e dos conceitos que realizam o respectivo âmbito de aplicação, em face da que tem por objecto as normas jurídico-materiais e os conceitos a que elas recorrem, há-de ser levada a cabo com certa autonomia
  - (...)
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- resolução
  - (...)
  - como a regra de conflitos do DIP é uma regra pertencente a determinada legislação, tem forçosa de ser integrada (para efeitos de interpretação) no seu quadro jurídico próprio: neste sentido, é indiscutível a teoria da qualificação "lege fori" → só que por lei do foro não se pode entender "lei materialis", mas sim "lei formalis" (i.e.: o DIP dessa lei tomado nas suas valorações singulares e no conjunto por elas constituído)
  - o que verdadeiramente importa é captar o juízo valorativo que informa e ilumina cada um dos preceitos do sistema conflitual a que o juiz da causa está sujeito
- conclusão
  - lógica, a cada norma deverá corresponder o espaço jurídico a que concerne a razão motivadora da escolha do elemento ou factor de conexão, ou seja: o espaço ocupado pelos institutos e regras (de direito nacional ou estrangeiro) que tendam à realização da finalidade sócio-jurídica visada pelo legislador ao criar o preceito em causa

B) Exemplificação

- hipóteses
  - certa regra de conflitos refere-se ao instituto da separação de pessoas e bens e do divórcio
  - outra regra de conflitos refere-se aos problemas que se inscrevem na área dos efeitos do casamento ou na dos negócios jurídicos
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- questões suscitadas
  - o que é casamento ou o que é divórcio para a norma de DIP que utiliza esse conceito?
  - vale como divórcio o repúdio do direito rabínico ou o "talak" do direito muçulmano?
  - até que ponto constitui a decisão duma autoridade judiciária (ou outra, assistida de poderes de julgamento) característica essencial do conceito de divórcio para efeito das normas de DIP da "lex fori"?
  - será que a união de facto, admitida em certos sistemas jurídicos, pode ser incluída na hipótese legal da regra de conflitos que se ocupa dos efeitos do casamento?
  - a promessa de casamento é um negócio jurídico paramatrimonial?

II — O problema da aplicação da norma

(NB) = momento em que se trata de averiguar se dado instituto ou preceito do ordenamento designado por uma regra de conflitos da "lex fori" pode subsumir-se à categoria normativa visada por essa regra

A) Exposição

- o problema que aqui surge é o da possível subsunção dum "concretum" a uma categoria abstracta da lei
- enunciado
  - há que apurar
    - se o "concretum" reproduz as características que definem a categoria, que recortam a hipótese da norma de conflitos encarada
    - a que sistema(s) se deve recorrer a fim de solucionar tal problema
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- redução
  - a qualificação cabe à "lex fori"
    - o DIP ordena os preceitos materiais dos diferentes sistemas jurídicos, distribuindo-os pelas diversas categorias que autónoma/ estabelece → a classificação dum desses preceitos, a 1/ inclusão na categoria X da norma de conflitos m da "lex fori", depende de nele se verificarem as características fundamentais expressas através do conceito que define a categoria
  - mas o material não motivo a ordenar pertence ao sistema jurídico em que se enquadra
    - as 1/ características reais só nesse sistema podem colher-se, tendo em conta o 1/ conteúdo, as 1/ conexões sistemáticas e a função sócio-jurídica que lhe é assinalada → é que nenhuma norma, nenhuma instituição jurídica, pode ser entendida se a não situarmos no 1/ contexto próprio, se a isolarmos do todo orgânico a que pertence
  - (NB) é nesta ideia que se inspira o CC art. 15º
- conclusão
  - se à "lex fori" compete decidir se os preceitos considerados correspondem na verdade, atentas as 1/ características primordiais, ao tipo visado pela regra de conflitos, é no quadro da "lex causae" que se pesquisam essas características (das normas materiais potencial/ aplicáveis ao caso concreto)

Mendonça Correia

B) Exemplificação

- hipótese
  - acção cambiária → numa acção de letra averiguou-se que o direito material aplicável à relação cambiária é o dum país de "common law"; o demandado alega que a dívida se acha prescrita, reportando-se às disposições daquele sistema jurídico relativas ao instituto da "limitation of action".
- questões suscitadas
  - segundo a opinião dominante entre os juristas anglo-saxónicos, o instituto da "limitation of action", ao invés do / equivalente (?) nos sistemas romano-germânicos: a prescrição extintiva, não pertence ao direito material mas ao direito processual
  - mesmo assim,
    - são as citadas regras aplicáveis no país onde a questão se levanta (Portugal)?
    - cabem elas no âmbito do conceito-quadro da norma de conflitos da Conv. de Genebra art. 42º, conceito que se define pelas palavras "efeitos das obrigações"?
- ?/ resolução /
  - a circunstância de o instituto da "limitation of action" ser considerado nos sistemas anglo-saxónicos de natureza processual não destrói o facto de entre ele e o instituto da prescrição dos sistemas romano-germânicos existir um denominador comum, já que ambos se inspiram em razões práticas e se acham ao serviço de fins sociais ou de valores essenciais, a certeza ou segurança jurídica → que o decurso do tempo extinga só/ a acção ou afecte o próprio direito subjectivo é elemento decerto importante do ponto de vista dogmático, mas que não altera a substância das coisas
  - . não há fundamento para concluir que o dito instituto não obedeça aos requisitos necessários para ser integrado na categoria normativa a que pertencem as regras respeitantes aos efeitos das obrigações cambiárias → um tribunal português pode julgar procedente a defesa do réu

Mendonça Correia

10. C) O ELEMENTO OU FACTOR DE CONEXÃO

(NB) 1ª questão que o elemento ou factor de conexão da norma de conflitos levanta

→ Como se orienta o DIP na busca da conexão decisiva?

I — Princípios gerais do DIP

A) A harmonia jurídica internacional

- certeza e estabilidade jurídica
  - o DIP, ao designar a lei na conformidade da qual as relações jurídicas de carácter internacional deverão constituir-se, haverá de executar a sua tarefa de tal modo que haja probabilidades consistentes de aquela designação vir a ser acatada em qualquer parte: em qualquer país onde um interesse legítimo possa fazer surgir a necessidade de obter para tais relações a protecção do Estado

B) A harmonia material (interna)

a) O problema das antinomias normativas

- as antinomias normativas encontram no domínio das situações internacionais o seu campo de eleição
- podem assumir a forma
  - de conflitos positivos → concorrência ou sobreposição de preceitos: cúmulo jurídico
  - de conflitos negativos → ausência de normas aplicáveis: vácuo jurídico
- (...)

Mendonça Correia

- razão de ser → o fenómeno deve-se sobretudo ao facto de, por vezes, resultar do jogo das regras de conflitos o serem convocadas duas leis para a resolução do mesmo ponto de direito

- assim acontece, desde logo, quando a controvérsia respeita a duas relações jurídicas distintas, submetidas a leis diferentes, e todavia tão estreitas interligadas que a decisão quanto a uma delas atingirá forçosa/ a outra
- assim acontece também quando surge uma divergência de qualificações entre duas leis chamadas a pronunciar-se sobre aspectos distintos do mesmo acto jurídico (como a substância e a forma), ou sobre questões jurídicas diferentes e todavia interligadas
- (o problema da questão prévia [v. infra, nº 15] → a / solução oscila entre o pólo da harmonia jurídica internacional e o pólo da harmonia material, o primeiro atraindo irresistivelmente para o sistema da conexão subordinada; contudo, este sistema favorece flagrante a formação de antinomias normativas)

b) orientação geral a adoptar no momento da formulação da norma de conflitos, em ordem a impedir a multiplicação de antinomias normativas

- bom seria reduzir ao mínimo o risco da multiplicação das antinomias normativas adoptando, p. ex., um único factor de conexão para os diferentes aspectos e momentos de cada relação jurídica, submetendo as relações derivadas do casamento e da filiação a uma só lei de modo a realizar a unidade da família, etc.

- (...)

Mestranda Correia

- (...)

- (NB) método de especialização ou fraccionamento ("dépeçage") → é o método de que o DIP se serve para resolver os seus problemas: consiste em destacar da relação ou figura jurídica que se considera certos elementos, em distinguir nela vários planos ou perfis, e em eleger para cada um deles uma conexão independente

C) A maior proximidade

- princípio que recomenda se reconheça a competência do Estado que em melhores condições se achar para impor o acatamento dos seus preceitos

- sob a égide (poderá eventual) optar-se, em determinadas matérias, pela lei da situação dos bens imóveis em detrimento da lei pessoal do(s) sujeito(s) da relação jurídica (p ex: no domínio das sucessões por morte, ou no das relações patrimoniais entre os cônjuges ou entre pais e filhos), sem embargo de ser esta a lei tida por normalmente aplicável nesses domínios

- v CC arts. 47º, 17º/3 [v. infra, nº 17]

D) A paridade de tratamento (ou igualdade)

- tendo em atenção que as normas de conflitos estabelecidas por todo o legislador devem ser de molde a poderem generalizar-se [v. supra, A)], considera-se bastante desejável que o DIP coloque os diferentes sistemas jurídicos em pé de igualdade, de tal modo que uma legislação estrangeira seja considerada competente sempre que, se dela fosse a "lex fori", e as circunstâncias do caso as mesmas (a mesma a questão jurídica em exame, os mesmos os elementos de facto ou de direito de que resulta em concreto a conexão decisiva), a "lex fori" se julgasse aplicável.

- = feição do DIP português actual

Mendonça Correia

II — O método a seguir na escolha do elemento ou factor de conexão

A) A "jurisprudência dos interesses"; a perspectiva universalista

- os princípios gerais acabados de ver não nos conduzem [com a única excepção da da eficácia das decisões judiciais: v. infra, nº 22-24] à descoberta das soluções concretas dos conflitos de leis, porque esses princípios visam mais o sistema no / todo e na / intencionalidade geral do que as regras particulares que o deverão constituir ⇒ então, qual o processo a seguir para a obtenção destas normas?

- cada norma de DIP elege o elemento ou factor de conexão que deve prevalecer em certo domínio ou sector jurídico: trata-se de escolher a lei mais apropriada [não (ao menos em princípio) em função do / conteúdo, mas da / posição "espacial" relativa aos factos ou da relação que mantém com as pessoas a quem os factos respeitam] para reger as situações internacionais que se têm em vista ou determinados aspectos dessas situações ⇒ para aferir a lei aplicável, há que ponderar os interesses que se apresentem como prevalecentes no sector considerado

B) A determinação do elemento ou factor de conexão: os interesses individuais e colectivos

a) os interesses individuais

- as pessoas singulares e colectivas (de direito privado) têm vantagem em serem submetidas, em tudo quanto respeite a zonas ou matérias de cunho pessoal mais vincado (direitos de personalidade, relações de família, etc.), a uma lei a que possam chamar a SUA lei, a que se sintam ligadas de maneira estreita e permanente

- manifesta, essa lei só poderá ser:
  - a do Estado nacional
  - a do Estado do domicílio (ou sede, para as pessoas colectivas)

- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- o interesse dos sujeitos das relações jurídico-privadas aponta ainda para a adopção de normas que facilitem o desenvolvimento das actividades jurídicas e lhes concedam inclusivé o direito de escolher a lei aplicável às convenções que celebram

b) os interesses colectivos

- aconselham o recurso a elementos ou factores de conexão puros objectivos
- exemplos:
  - o lugar da situação das coisas para os direitos reais
  - o país da criação para a propriedade industrial
  - o locus delicti para a responsabilidade extracontratual

III — A ordem pública internacional

A) A ordem pública internacional como limitação à aplicação do direito estrangeiro competente

- reserva ou excepção de ordem pública internacional ⇒
  - a lei definida como competente não será aplicada se se concluir que essa aplicação levará algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional
- (NB) mas não se pode deixar de reconhecer a existência duma ordem pública internacional do Estado que não se manifesta nesta forma pura negativa ou limitativa
- (...)

Mendanha Correia

• (...)

• as normas de aplicação necessária ou imediata

• há em todos os sistemas jurídicos preceitos que, em razão do superior relevo dos interesses locais cuja defesa lhes está confiada, fogem ao controle das regras de conflitos gerais do sistema → são as normas usualmente chamadas "de aplicação necessária ou imediata", as "lois de police" (p. ex.: as determinadas pelo CC arts. 28º ou 65º/2)

→ dúvida: pertencem sempre à categoria das normas espaciais condicionadas ou autolimitadas [v. supra, nº 5]?

• mas a verdade é que tais normas não prescindem da existência duma conexão entre o "caso" e o sistema jurídico local → o que sucede é que essa conexão não coincide com a estabelecida pela regra de conflitos aplicável no espaço correspondente: é uma conexão específica ou "ad hoc" [que, aliás, raras aparece explicitada no próprio teor da norma de aplicação necessária ou imediata: v., p. ex., o CC art. 222º ou o DL 446/85 art. 33º b)]

B) A ordem pública internacional como "fundo jurídico comum dos países civilizados"

• = expressão de princípios fundamentais reconhecidos na generalidade das Nações

• conceito fecundo no campo da arbitragem internacional

C) Remissão

• para maiores desenvolvimentos, v. infra, nº 19

Mendonça Carreira

11. D) O PROBLEMA DO CONFLITO MÓVEL

(NB) 2ª questão que o elemento ou factor de conexão da norma de conflitos levanta

→ qual a relevância das modificações nas circunstâncias que constituem a base da selecção da lei aplicável, quando tais modificações ocorrem durante a existência duma determinada situação jurídica?

I — Enunciado do problema

- a conexão vista em abstracto não muda: era e continua a ser a nacionalidade dos sujeitos; o que muda é a nacionalidade daqueles sujeitos: os sujeitos da relação jurídica concreta
- quais as repercussões deste facto na regulamentação material dessa mesma relação?

II — Resolução do Instituto de Direito Internacional na sessão de Dijon (1981)

- sumário da resolução
  - o efeito no tempo de modificações nos factos que constituem o fundamento da escolha do direito aplicável será determinado aplicando-se aquela dentre as leis em causa cuja aplicação corresponda mais cingidamente aos objectivos do sistema de conflitos do foro
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- . . configura-se a questão como um problema de interpretação da regra de conflitos em referência
  - aplicável ao ponto controvertido será a lei correspondente à primitiva ou à mais recente concretização do elemento ou factor de conexão (p. ex.: à primeira ou à última nacionalidade das partes; à antiga ou à actual situação da coisa móvel), conforme o que se harmonizar melhor com a "ratio" da norma de conflitos em causa (e do DIP em geral) da "lex fori".

12. O CONFLITO DE SISTEMAS: A) ENUNCIADO DO PROBLEMA

(NB) 3ª questão que o elemento ou factor de conexão da norma de conflitos levanta

→ como resolver, se forem diversos os elementos ou factores de conexão adoptados em diversas legislações para a mesma matéria jurídica?

13. B) 1º TIPO DE CONFLITO DE SISTEMAS: O CONFLITO NEGATIVO

I — O reenvio

- a lei estrangeira designada pela regra de conflitos não se considera aplicável a dada situação jurídica e remete
  - ou para a "lex fori" (= reenvio de primeiro grau, devolução, retorno)
  - ou para uma terceira legislação (= reenvio de segundo grau, transmissão da competência a uma terceira legislação)
  - idem, reputando-se essa terceira legislação incompetente e convocando uma quarta (= reenvio em cadeia)

Mendonça Correia

II — Posições doutrinárias sobre o reenvio

- atitude favorável ao reenvio como princípio geral do DIP → parte da ideia de que toda a referência da norma de conflitos à lei estrangeira tem carácter global
- atitude absoluta/condenatória → interpreta tal referência como pura designação do direito material da lei estrangeira
- atitude negadora do princípio, mas favorável ao reenvio com um alcance limitado → aceita o reenvio, mas tão-só quando ele nos ponha no caminho da obtenção de certos resultados prévios tidos por conformes aos princípios gerais do DIP e aos objectivos específicos da regra de conflitos ante a qual a questão se coloca

III — Posição adoptada (e dominante?) sobre o reenvio

A) Indicação

- a atitude negadora do princípio, mas favorável ao reenvio com um alcance limitado
  - o primordial objectivo a atingir através do reenvio é a harmonia jurídica internacional
  - mas está claro que esta justificação apenas colhe
    - se o reenvio conduzir efectiva/a essa harmonia, a harmonia de decisões ou de julgados
    - se se averiguar que esse resultado se não alcançaria através do jogo normal das regras de conflitos
  - (NB) reenvio ao serviço doutros fins ou interesses (que não a harmonia jurídica internacional) → p. ex.: o "favor validitatis" (cfr. CC arts. 36º/2 e 65º/1) [v. infra, G)]

Mendonça Correia

B) Reenvio de primeiro grau, devolução, retorno

- hipótese → um cidadão brasileiro domiciliado em Portugal morre cá: segundo o "/DIP, a lei reguladora da sucessão é a brasileira; segundo o DIP brasileiro, a lei aplicável é a lei portuguesa (= "lex domicilii")

- o reenvio de primeiro grau (devolução, retorno) só é de admitir se a regra de conflitos da lei estrangeira (da lei designada pelo DIP do foro) remeter para o direito material da "lex fori" → v. CC art. 18º/1

  → exemplo: se a regra de conflitos que reenvia para a "lex fori" pertencer a um sistema jurídico do tipo do brasileiro, é o direito material do foro que deve ser aplicado → dado que em tal hipótese a lei estrangeira (= brasileira) não admite ela própria o reenvio, é através da aplicação da lei material do foro que poderá chegar-se ao mesmo resultado a que chegaria um juiz da nação estrangeira, se a ela pertencesse decidir o pleito

- mas será de rejeitar se o DIP da referida lei estrangeira consagrar em termos genéricos a chamada "doutrina do reenvio": se assim for, será através da aplicação do direito material estrangeiro que se alcançará a harmonia ou uniformidade de decisão → toda a vez que o DIP estrangeiro remete para o sistema jurídico local tomado no conjunto das "/ normas (incluindo as de conflitos), o reenvio não traz a harmonia de julgados, antes impede-a

Mendonça Correia

- (...)

- parece também que não haverá lugar à devolução se a regra de conflito que reenvia para a "lex fori" pertencer a um sistema inspirado no princípio do reenvio duplo ou total ("foreign Court theory") → o reenvio não é, neste tipo de situação, meio necessário para se alcançar a harmonia jurídica internacional: a referência da norma de conflito do foro a uma lei estrangeira leva implícita a ideia de que, como quer que seja, sempre os tribunais locais terão de julgar a causa tal como ela provàvelmente seria julgada por um juiz do Estado a que a mesma lei pertence (→ tem-se em atenção, não só a regra de conflito estrangeira, mas também a posição do respectivo sistema jurídico em face do problema do reenvio)

  → exemplo: se a lei apontada pela regra de conflito do foro (A) remete para outra lei (B) através duma referência global ou total no sentido da "foreign Court theory", e B de novo para A através duma referência global de tipo clássico, é B que ao fim e ao cabo resultará aplicável, tudo se passando deste modo, graças a um expediente de reenvio duplo, como se a primeira referência (A ⇝ B) se dirigisse apenas ao direito material de B

C) Reenvio indirecto

- hipótese → a lei designada pelo direito de conflitos do foro remete para uma terceira legislação e esta, por sua vez, remete de novo para a "lex fori"

- solução → consiste em aplicar o direito material da "lex fori" (não sistemática, mas) tão-só no caso de essa aplicação estar conforme com o DIP dos dois sistemas interessados

- condições → (1) a referência da lei designada pelo DIP do foro à terceira legislação é uma referência global; (2) a referência desta lei à "lex fori" é, pelo contrário, uma referência aos respectivos preceitos jurídico-materiais

Mafalda Carneiro

D) Reenvio de segundo grau, transmissão de competência

- hipótese → o "de cuius" era um cidadão dinamarquês domiciliado na Itália: a "lex fori" (= portuguesa) manda aplicar à sucessão a lei dinamarquesa ("lex patriae"), a qual, no entanto, defere a questão à lei do último domicílio do "de cuius" (= italiana)
- remetendo a lei designada pela regra de conflitos do foro "ad aliud ius" (i.e.: reenviando para um sistema que não seja a "lex fori") e julgando-se estrutra legislação aplicável, por ela (pelo respectivo direito material) deverá a questão ser julgada → v. CC art. 17º

E) Reenvio em cadeia

- a terceira legislação chamada ao caso repuna-se incompetente
  - se essa lei retorna a competência ao sistema designado pelo DIP do foro, é este que se aplica [≠ supra, C)]
  - se essa lei convoca uma quarta, surge uma hipótese de reenvio em cadeia
- o reenvio em cadeia
  - sempre que entre os sistemas em contacto com a situação a regular se registe um acordo total quanto à lei aplicável, é essa lei que deve ser aplicada → CC art. 17º
  - também se deve entender que serão plena/reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos celebrados em país estrangeiro, ao abrigo duma lei que a "lex patriae" tenha por competente (e que, por isso mesmo, a "lex patriae" também reconhece), se bem que essa lei se considere inaplicável → argumento de analogia "ex" CC art. 31º/2 [v. infra, nº 14/III/B)/b)]
- (...)

Mendonça Coureia

- (...)

- hipótese em que se poderá ambientar a aplicação, através do reenvio, duma lei que não se repute competente → quando essa lei for a designada, de comum acordo, pelos sistemas que prévia se definam como os mais estreitos conexionados com a situação "sub indice"

  → exemplo: em matéria do âmbito do estatuto pessoal (capacidade, estado, relações de família, etc.), se a "lex patriae" e a "lex domicilii" mandam ambas resolver a questão pelos preceitos da "lex loci actus", a solução impõe-se-á ao respeito de qualquer tribunal em qualquer país, mesmo que estrutura legislativa se não considere ela própria competente

F) As conexões hostis ao reenvio

- consagra o princípio da autonomia privada

- ideia → se a lei aplicável o for por força da vontade das partes contraentes, o reenvio não funciona

- (NB) não importa que a lei assim designada remeta para outra: essa transmissão de competência ou esse retorno não relevará (cfr. CC art 19º/2) → não é crível que os contraentes se tenham referido a uma lei pensando no direito material que for designado pelas respectivas normas de DIP (e mesmo quando se demonstre que foi este o caso, será esse o direito aplicável, mas apenas por ter sido ele o direito efectivo escolhido e não em virtude de qualquer reenvio da lei estipulada para outra lei)

- CC art 41º

- também a norma que confere competência em matéria de forma externa dos negócios jurídicos à lei do lugar da celebração é de molde a excluir todo o entendimento conforme ao princípio do reenvio → a menos que do reenvio derive a validade do acto [v. infra, G)]

Mendonça Correia

G) O "favor negotii" como fundamento autónomo do reenvio

- enunciado do problema → deve entender-se que a ideia de conservação dos negócios jurídicos poderá funcionar como fundamento autónomo do reenvio, de modo que a remissão duma lei para outra se deva aceitar só pelo facto de a segunda lei reputar válido o negócio que a primeira considera nulo?

- segundo FERRER CORREIA, o problema deve ser examinado no quadro de cada tipo negocial; e o reenvio tão-só admitido, pelo fundamento em causa, nos casos em que o interesse na conservação do negócio jurídico, a consideração do "favor negotii" ou "favor validitatis", se faça sentir com maior premência (p. ex.: matrimónio; e talvez testamento)

- a aceitação do reenvio em nome da ideia do "favor negotii" parece também indicada no campo da invalidade proveniente dum vício de forma → tal solução será em tudo conforme ao espírito da regra que consagra o "locus regit actum", pois esse espírito é o de facilitar a contratação (e está bem de ver que a forma estipulada pela lei designada pelo DIP da "lex loci" é uma das formas admitidas no país da celebração)

- (NB) a doutrina exposta está consagrada "aperti verbis" no CC art. 36º/2 (e também, pelo que respeita especialmente ao testamento, no art. 65º/1)

Mafalda Carreia

14. C) 2º TIPO DE CONFLITOS DE SISTEMAS: O CONFLITO POSITIVO

I — Reconhecimento das situações jurídicas criadas no estrangeiro

- enunciado do problema
  - desde que se não aceite a ideia dum "super DIP" (= corpo de regras de segundo grau ou de segundo escalão destinadas a dirimir os conflitos entre as normas acolhidas nas leis internas dos Estados), toda a solução do conflito positivo de sistemas terá de passar obrigatoriamente pela "lex fori" ⟹ terá de aplicar-se a lei designada pela regra de conflitos local (a menos que esta mesma regra, tendo em vista casos particulares ou toda uma categoria de casos, permita que se dê resposta diferente ao problema)
  - (NB) • No que toca às situações jurídicas constituídas em país estrangeiro, não se deverá aceitar uma ideia de competência alternativa, em termos de tais relações poderem ser reconhecidas no Estado local, ou com base na lei de primordial designação (= a indicada pela conexão preferida pelo legislador do direito de conflitos) ou com fundamento no sistema ao abrigo do qual foram criadas?

II — Desvio ao princípio da estrita vinculação ao direito de conflitos da "lex fori"

- o princípio da estrita vinculação ao direito de conflitos da "lex fori" já conhece um importante desvio: no caso de a situação jurídica em causa ter sido objecto de reconhecimento por parte dum tribunal estrangeiro havido por internacionalmente competente, ou ter sido mesmo criada por decisão judicial estrangeira
- (...)

Mariana Correia

- (...)

- aqui, valem as normas que fixam as condições de eficácia, no Estado do foro, das sentenças proferidas em país estrangeiro [v. infra, nºs 22--24] ⇒ se entre essas condições não figura a de o tribunal de origem da sentença ter decidido a causa de harmonia com os preceitos da lei julgada competente no Estado do reconhecimento [assim, Portugal, salvo a excepção do CPC art. 1096º g)], a dificuldade proveniente do conflito de sistemas está naturalmente ultrapassada: o problema da competência da lei com base na qual o juiz "a quo" reconheceu ou criou a situação jurídica não se põe

III — Tentativas doutrinárias no sentido de encontrar uma solução razoável para o problema

(NB) na fase actual da evolução do direito, os casos acabados de ver são os únicos em que é possível falar duma firme tendência no sentido de se reconhecer plena eficácia às situações jurídicas constituídas em país estrangeiro, independentemente de na sua criação se ter obedecido aos preceitos da lei tida por competente no Estado do foro

A) Doutrina da autolimitação espacial das regras de conflitos de PHILLIPPE FRANCESCAKIS

a) ideias

- a aplicabilidade das normas de conflitos da "lex fori", no que toca às relações jurídicas criadas no estrangeiro, estaria dependente do facto de no momento da respectiva constituição ter existido algum nexo entre elas e o ordenamento do foro

- na falta de tal conexão, a lei aplicável à situação seria aquela que lhe tivesse sido efectivamente aplicada

- ∴ nenhuma investigação teria de ser feita acerca do fundamento da competência dessa lei

Mensagem Correia

b) crítica

- se é de acautelar o interesse do ordenamento do foro em vigiar as situações que com ele têm um qualquer nexo, há-de convir-se em que ele estaria suficiente/ protegido através da reserva ou excepção de ordem pública internacional ⇒ mais lógico seria, então, integrar o DIP do foro exclusivo/ com normas de conflito unilaterais

- onde quer que surja um conflito de leis, deve encontrar-se uma norma que permita resolvê-lo ⇒ não é possível deduzir da essência das normas de conflito quaisquer limites à %/ aplicação espacial [v. supra, nº 5]

- constitui proposição errónea a de que o ordenamento jurídico nacional não tem interesse em ver aplicadas as %/ normas de DIP a situações que não tenham com ele qualquer nexo ⇒ a proposição só seria verdadeira se pudesse aceitar-se que o legislador, quando empreende regular a matéria dos conflitos de leis, é fundamentalmente dominado pelo propósito de dar satisfação a interesses e necessidades da %/ comunidade nacional (mas, não deveria ele, então, limitar-se a adoptar normas de conflitos unilaterais para integrar o %/ DIP?); se o legislador se orienta para a criação de normas de conflito bilaterais, o que importa é acertar com a melhor via para atingir os objectivos que decorrem da própria essência do DIP e nada prova que os critérios de conexão por ele adoptados não sejam apropriados para designar a "lex conveniens" nos casos que não tenham qualquer nexo com o direito do foro e em virtude deste simples facto

- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- não se afigura justo nem razoável reconhecer toda a situação válida/criada no estrangeiro, só pelo facto de se ter constituído ao abrigo duma lei que se repute competente (desde que a situação em causa não tivesse um qualquer nexo, ao tempo da ?/constituição, com o ordenamento local) → quando se tenta encontrar uma solução satisfatória para o problema do reconhecimento dos direitos adquiridos, do que se trata é sempre de arbitrar uma controvérsia entre duas partes, e não constitui segura/justificação bastante para dirimir o litígio a favor da parte que se prevalece do direito adquirido sob a égide de certa legislação, o mero facto de esta legislação se reputar, com efeito, competente: pelo menos, será preciso apreciar as circunstâncias de facto em que o referido ordenamento se estriba para afirmar a ?/competência

B) (D)outrina do sistema de conexão múltipla alternativa de FERRER CORREIA

a) ideias

- é preferível o caminho que leva à criação de normas especiais de DIP: normas que, na mira de facilitar a imputação de efeitos jurídicos a factos constitutivos ou extintivos de relações jurídicas praticados no estrangeiro, estabeleçam alternativas para a aplicação a tais factos dos preceitos normais de atribuição de competência e das leis por eles designadas

- (NB) • • preconiza-se, com vista à hipótese da relação plurilocalizada constituída em país estrangeiro, a opção por um sistema de conexão múltipla alternativa, alternativa que se resolverá a favor da lei segundo a qual os factos relevantes (constitutivos ou extintivos) sejam aptos a produzir a consequência jurídica em causa → isto no duplo suposto de essa lei se reputar competente e de a situação considerada ter desenvolvido, de facto, os ?/efeitos jurídicos à sombra da mesma lei

- (...)

Mariana Correia

- (...)
- num só caso haveria que renunciar a uma aferição da competência desse sistema jurídico de harmonia com critérios próprios da "lex fori": aquele em que o direito efectivo aplicado for o julgado aplicável por todos os Estados ao quais a relação controvertida diga essencialmente respeito ao tempo em que foi criada (ou extinta)

b) aplicação

- CC art 31º
  - do cotejo dos 1/ nº resulta que, pelo que toca às situações jurídicas compreendidas na esfera do estatuto pessoal (e constituídas no estrangeiro), duas leis são declaradas competentes em alternativa: a lei da nacionalidade das partes e a da 1/ residência habitual ⇒ só haverá recurso à segunda quando for esse o caminho necessário para obter o reconhecimento do acto que origmou a constituição, modificação ou extinção da relação "sub judice"
  - (de notar que o nº 2 não visa as situações jurídicas criadas mera/ "ex lege")
- cfr CC art 31º e CPC art 1096º g)
  - parece que o fundamento do CC art 31º justifica a 1/ aplicação às relações constituídas no estrangeiro por decisão judicial (= sentença constitutiva) → pense-se no caso do divórcio litigioso: ao invés do que se passa nas situações puras/ resultante da lei, há expectativas radicadas (e bem fundadas) na legitimidade da nova situação criada; pois que fundamento mais sólido e firme do que a decisão duma autoridade judiciária?

Mendonça Correia

15. A QUESTÃO PRÉVIA

I — Enunciado do problema

A) Questão prévia

- perspectiva tradicional → se entre duas questões jurídicas prende um nexo de prejudicialidade e uma delas, a principal, está sujeita a um direito estrangeiro, surge o problema de saber como "conectar" a questão prejudicial: se de acordo com o sistema de conflitos do foro, se de acordo com o sistema de conflitos da "lex causae"
- o problema da questão prévia é um problema de direito de conflitos (de conflito de sistemas de regras de conflitos)

B) Questão prévia e substituição

- distinção
  - problema da substituição → põe-se no plano do direito material: é o problema da equivalência de conteúdo, de saber se determinado conteúdo jurídico-material, retirado dum ordenamento estranho ao da norma interpretanda preenche os pressupostos da consequência jurídica estabelecido por esta norma, ao invés de ser por ela repelido
  - problema da questão prévia → põe-se no plano conflitual ou de escolha de lei: é o problema de saber que caminho seguir para determinar o sistema que fornecerá o conteúdo do conceito-quadro que no preceito aplicável à questão principal recorta a previsão normativa, se o caminho do direito de conflitos do foro, se o do direito de conflitos da "lex causae"
- são problemas distintos, mesmo quando se apresentem coligados, como decorrente da urgência em resolver uma questão (prejudicial) suscitada pela aplicação dum preceito material estrangeiro a outra questão jurídica
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- (NB) mas esta conjunção não é forçosa → o problema da substituição pode aparecer destacado de semelhante condicionalismo, como problema de saber se determinado elemento da hipótese duma regra material do direito do foro (direito aplicável à questão dependente), que normalmente se destina a ser integrado pela resultante doutras disposições do mesmo sistema jurídico, pode acaso ser constituído por um elemento análogo de direito estrangeiro: o direito definido como competente para a questão prévia

C) Pressupostos do problema da questão prévia

- 1º — o problema só pode pôr-se quando o estatuto da questão principal seja um direito estrangeiro
- 2º — a questão surgida a título incidental, quando considerada em si e por si, é conectada autónoma/ pelo legislador de conflitos do foro
  - → (NB) a questão prejudicial pode pôr um problema de reenvio, mas não um problema de questão prévia: surgirá um problema de reenvio se a lei designada para reger a questão principal se reputar competente só pelo que a esta respeita, remetendo a questão conexa para a esfera doutro sistema jurídico

D) Questão prévia e questão parcial

- noção de questão parcial
  - questão parcial é o elemento ou parte duma questão jurídica complexa a que, "de per si considerado" ou segundo a perspectiva do direito de conflitos do foro, corresponde uma conexão independente [≈ método de especialização ou fracionamento: v. infra, nº 10/I/B)/b)]
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- resolução das questões parciais
  - as questões parciais são problemas essencialmente não autónomos, simples aspectos ou perfis duma situação complexa, que o legislador entendeu dever isolar e que só têm relevo no quadro dessa situação (p. ex.: no quadro geral dos problemas respeitantes à validade do negócio jurídico) ⇒ a adopção nestes casos da lei estrangeira (p. ex.: da lei reguladora da validade intrínseca do negócio) não poderia deixar de violar, directa e frontalmente, o preceito da "lex fori"
  - se, ao invés, a questão parcial assume a natureza de verdadeira questão prévia, a s/ resolução pelo direito de conflitos da "lex causae" nada tem "a priori" de inadmissível [cfr. infra, II/C)/b)]

II — Resolução

A) Doutrinas da conexão autónoma e da conexão subordinada

- doutrina da conexão autónoma
  - deve decidir-se a questão de conformidade com a lei que lhe for aplicável segundo o sistema de conflitos do foro, tudo se passando como se o ponto não surgisse a título incidental mas principal
- doutrina da conexão subordinada
  - deve fazer-se apelo, pelo que respeita à questão prévia, às normas de conflitos do estatuto da questão principal ⇒ a relação jurídica objecto da questão prejudicial como que perde a s/ autonomia em face da outra, ainda que tão só para efeitos do direito de conflitos
  - (...)

Mendança Correia

- (...)
- doutrina da conexão subordinada
  - (...)
  - exemplificação → seja uma questão x, que o direito de conflitos do foro submete à legislação B: esta questão levanta-se incidentalmente num processo cujo fim é a resolução duma controvérsia Y, para a qual é competente a ordem jurídica C; a ordem jurídica C declara aplicável a x a lei D; sendo assim, é de acordo com o direito material de D que x deverá resolver-se

B) Apreciação / adopção da doutrina da conexão subordinada

- é entre os pólos da harmonia jurídica internacional e da harmonia material (interna) que oscila a solução do problema da questão prévia → o primeiro atrai irresistivelmente para o critério da conexão subordinada, o segundo para o critério da conexão autónoma
- se a adopção da perspectiva do direito de conflitos estrangeiro nesta matéria implicasse sistemáticos ofensas do princípio da harmonia material (interna) (pois favorece a formação de antinomias normativas), haveria que renunciar a tal recurso, embora com dano da harmonia jurídica internacional — este princípio geral de DIP é de escalão inferior ao daquele
- (NB) todavia, a necessidade de evitar ofensas graves ao princípio da harmonia material (interna) não impede que se aceite o critério da conexão subordinada: impede apenas que se o aceite sem restrições substanciais → é que nem todas as situações originadas por uma divergência essencial entre as duas leis potencialmente aplicáveis à relação concreta (a designada pela norma de conflitos do foro e a designada pela norma de conflitos da "lex causae") conduzem a antinomias normativas (p. ex.: não há contradição entre afirmar que A e B foram casados e negar ao ilegítimo direitos sucessórios)

Mendonça Correia

C) Restrições ao critério da conexão subordinada

a) atitudes possíveis

- uma, consiste na aplicação sistemática da "lex causae", confiando-se a certos "operadores" ou a certas "técnicas" de que o direito de conflitos dispõe (p. ex.: princípios gerais de DIP, como o da ordem pública, o dos direitos adquiridos, o da adaptação; princípio do caso julgado) a correcção dos resultados intoleráveis a que se seria conduzido → crítica: (1) é pouco recomendável do ponto de vista da certeza do direito, (2) é difícil conciliável com o sentido de certas normas de conflitos do sistema do foro, (3) não reflecte a sensibilidade do sistema de conflitos do foro ao princípio da harmonia jurídica internacional, (4) não cura do facto de tal harmonia estar excluída, no caso concreto, pelo que respeita à questão principal, na hipótese de a lei material chamada a reger esta questão pelo DIP do foro ser uma lei que se reputa incompetente [v. supra, nº 13/III/E)]

- outra, consiste na definição prévia dos tipos de casos em que o critério da conexão subordinada não pode ser utilizado e em que, por isso, o recurso à "lex fori" é de preceito → (NB) é a atitude preferível, a qual, de resto, não exclui que numa ou noutra hipótese de questão incidental remetida inicialmente para a esfera do direito de conflitos estrangeiro, seja necessário utilizar a via da correcção "a posteriori", característica da primeira atitude

b) doutrina de FERRER CORREIA

- a atitude preferida é a segunda: a que consiste na delimitação da área de competência exclusiva do DIP do foro

- essa delimitação não deve procurar-se pela via da definição dum critério geral → as situações a encarar e os factores susceptíveis de influenciar a decisão são tantos e tão variados, que o enveredar por tal caminho conduziria ao insucesso

- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- Hipóteses de preclusão da aplicação do DIP da "lex causae"

  - a lei chamada a reger a questão principal é aplicada apesar de não se considerar competente (o que pode acontecer, quer porque a norma de conflito em causa seja "hostil" ao reenvio, quer por força das limitações gerais a que a regra de reenvio está sujeita no DIP do foro) ⇒ a aplicação do DIP estrangeiro tem como limite o caso em que a obtenção duma uniformidade de decisões quanto à questão principal esteja assegurada

  - sistema jurídico em que toda a consideração é formalmente negada às normas de conflitos estrangeiras ⇒ sistema que vê as suas próprias normas de conflito como as únicas concretizações possíveis da "justiça privada internacional" (≠ DIP Português)

  - por força do princípio do DIPriv do foro, a decisão da questão controvertida envolve a própria questão prejudicial ⇒ o caso julgado constitui-se mesmo relativamente a esta questão (cfr. CPC art. 96º/2)

  - se a resolução em certo sentido da questão prévia for um pressuposto da actuação da norma de conflito relativa à questão principal, a competência do DIP estrangeiro deve considerar-se excluída ⇒ a questão prejudicial só poderá ser submetida ao DIP da "lex causae" se versar sobre relação jurídica distinta da controvertida, ou se a questão principal incidir num efeito ulterior e não necessário da relação jurídica cuja existência ou validade é o objecto da questão prévia (neste termos, eventual questão parcial)

- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- hipóteses de correcção ou ajustamento do resultado da aplicação do DIP da "lex causae" ⇒ "técnicas":
  - cláusula geral de ordem pública [v. infra, nº 19]
  - procedimento ou técnica da adaptação [v. infra, nº 21]
  - princípio dos direitos adquiridos [v. supra, nº 14]

III — Novas ideias sobre a questão prévia

A) Doutrina de WENGLER

- o problema da questão prévia é o de averiguar de que condições depende, segundo a lei reguladora da questão de fundo, o reconhecimento duma relação de direito plurilocalizada (p. ex.: a relação matrimonial) para o efeito de se terem como produzidas certas consequências jurídicas ulteriores (p. ex.: em matéria sucessória) de que, em geral, ela é susceptível ⇒ (NB) assim, a questão prévia pode levantar-se mesmo quando a lei aplicável ao fundo da causa (p. ex.: ao problema dos direitos sucessórios do cônjuge supérstite) seja a "lex fori".

- a aplicação à relação jurídica prejudicial das normas gerais do sistema de conflitos nem sempre constitui solução adequada: por vezes, a solução justa consistirá em se conectar essa relação jurídica através duma regra de conflitos especial ⇒ se tal regra existir, expressa/formulada no sistema jurídico chamado a disciplinar a situação controvertida, os tribunais não poderão furtar-se a aplicá-la por deverem obediência ao/próprio direito de conflitos e não ao direito de conflitos estrangeiro

- (...)

Mendonça Cardoso

- (...)

- mesmo que tal disposição expressa não exista na referida legislação, é possível que uma interpretação judiciosa deste sistema leve a uma conclusão idêntica → a norma de direito positivo, que atribui certos efeitos jurídicos ("ulteriores") à "existência" duma relação prévia, pressupõe que essa relação se tenha constituído e que normalmente tenha produzido já alguns dos efeitos jurídicos próprios; ora, se a relação prévia é uma relação de conexão plúrima (plurilocalizada), é muito possível que nem todos os países ao quais ela está (ou esteve) ligada a reconheçam como tal; trata-se-á, então, duma relação jurídica "coxa ou claudicante", e as probabilidades de que se tenha realizado ou tornado efectiva serão bem menores que nos casos normais ⇒ nestas circunstâncias, parece razoável que um legislador, ao estatuir acerca dos efeitos ulteriores duma dada relação jurídica, se contente com o facto de uma relação com as qualidades requeridas se ter tornado efectiva num país qualquer, de harmonia com a lei considerada competente nesse país

- a serem válidas estas ideias, não o serão apenas no caso em que a lei chamada a reger a relação controvertida seja uma lei estrangeira, mas também no caso de essa relação pertencer ao âmbito da "lex materialis fori"

B) Apreciação

- a ideia de procurar nas razões inspiradoras da própria norma material em causa resposta adequada para a questão da conexão da relação de direito condicionante merece aplauso → acresce que a regra de conflitos especial, que porventura se nos depare (ou possa descobrir-se por via de interpretação) no estatuto dos efeitos dum determinado negócio jurídico, é ainda expressão duma certa valoração jurídico-material, obedece a razões que são mais deste plano do que do plano do DIP, resultando segura/aplicável como parte que é do sistema de preceitos materiais a aplicar

- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- mesmo que o estudo do sistema aplicável à questão de fundo não permita afiançar a existência duma regra de conflitos especial para a questão prévia, poderá acontecer que a resolução desta questão pela lei indicada pelo DIP da "lex causae" seja postulada pela justiça material deste sistema, pelas razões inspiradoras da própria norma material de que cumpre fazer aplicação → se for assim, o problema da questão prévia continua a pôr-se no plano do direito material, atinente à interpretação e aplicação dos preceitos materiais chamados a decidir a questão de fundo

- mas se, ao invés, não se conseguir descobrir nenhuma conexão substancial ou de sentido entre a consequência jurídica da norma material e a relação de direito condicionante, s/ pressuposto, não se pode continuar a definir o problema da questão prévia como problema de interpretação de tal norma → (NB) se o direito material não toma "por si mesmo" posição, o problema é necessária/ de direito de conflitos, reconduzindo-se à perspectiva tradicional da matéria: direito de conflitos da "lex causae" ou da "lex fori", conexão autónoma ou subordinada

IV — Direito estrangeiro e português

- não existe nos vários sistemas jurídicos nacionais qualquer texto que directa e expressa/ se refira ao tema da questão prévia em DIP → não existem ainda as condições necessárias para uma tomada de posição clara e aberta por parte do legislador

- são estas as razões por que o CC não contém nenhum preceito sobre o tema → (NB) todavia, a doutrina perfilhada, válida num plano "de lege ferenda", é também válida como critério para a interpretação e aplicação do sistema legal vigente

Mendonça Caurio

16. Referência a um ordenamento jurídico plurilegislativo

I — Enunciado do problema

A) O fenómeno da pluralidade de sistemas jurídico-privados dentro dum determinado ordenamento estadual: a/ relevância

- ideia
  - há uma remissão operada pela norma de conflitos para um ordenamento onde existe uma pluralidade de sub-ordenamentos, de base territorial (cfr. CC art. 20º/1/2) ou de base pessoal (cfr. CC art. 20º/3)
- soluções possíveis
  - em tese geral, são possíveis duas soluções para o problema posto por uma tal remissão
  - a primeira é a solução no quadro do sistema designado pelo DIP do foro, i.e: do próprio ordenamento plurilegislativo → todavia, em certos casos (na falta dum direito interlocal unificado ou dum DIP unificado) esta solução não é viável
  - a segunda é a solução no quadro do DIP do foro

B) Tipos de conflitos internos de leis

- conflitos interlocais
  - pluralidade de sistemas legislativos locais, mas com um sistema de direito de conflitos interlocal e/ou de DIP unificado ao nível do ordenamento plurilegislativo
  - pluralidade de sistemas legislativos locais, mas sem um sistema de direito de conflitos e/ou DIP unificados (p. ex., EUA, GB: a pluralidade de normas materiais é acompanhada por uma pluralidade de normas de conflitos locais)
  - cfr. CC art. 20º/1/2
- (...)

Mendanha Correia

- (...)
- conflitos interpessoais
  - pluralidade de sistemas jurídicos de carácter pessoal, i.e.: consoante as "categorias de pessoas" (raças, religiões, ...)
  - cfr. CC art. 20º/3

II — Solução do CC art. 20º: o elemento ou factor de conexão "nacionalidade"

A) As regras do CC art. 20º/1/2

- conduzem à aplicação da lei do ordenamento plurilegislativo em razão da nacionalidade
- CC art. 20º/1
  - recurso ao direito interlocal unificado do ordenamento plurilegislativo → o "direito interno" é, aqui, o "direito interlocal" (cfr. CC art. 20º/2 I)
  - adopção da solução indicada por todos os sistemas de normas de conflitos interlocais
- CC art. 20º/2 I
  - recurso ao DIP unificado, na falta de direito interlocal unificado
  - adopção da solução consagrada por todos os sistemas de DIP do ordenamento plurilegislativo
- CC art. 20º/2 II
  - solução autónoma no quadro do DIP do foro → aplicação da lei da residência habitual, na falta de uma solução a que possa chegar-se através do direito interlocal ou do DIP do ordenamento plurilegislativo
  - (...)
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
  - CC art. 20º/2 II
    - (...)
    - no caso de o interessado ter residência habitual fora do Estado da sua nacionalidade, o ordenamento local aplicável é também a lei da residência habitual: trata-se de resolver autónoma um problema criado pelo ordenamento plurilegislativo e inaceitável de solução no quadro deste → é certo que esta posição trata como apátrida uma pessoa que tem uma nacionalidade; mas este inconveniente resulta do próprio facto de o legislador se ter visto obrigado a adoptar uma solução autónoma, por impossibilidade de recurso às regras do ordenamento plurilegislativo (uma aplicação da lei da capital do país sem arbitrária)
  - (é problemática a aplicação do CC art. 20º no caso de a lei do ordenamento plurilegislativo ser designado pelo CC art. 45º/3, a título de lei da nacionalidade comum do agente e do lesado → o CC art. 20º/2 "in fine" refere-se à lei pessoal do interessado, e, neste caso, a lei nacional comum não é a lei pessoal mas a lei reguladora da responsabilidade extracontratual e os interessados são, pelo menos, dois e não um)

B) A regra do CC art. 20º/3

- aplicação do CC art 20º/3, no caso de se tratar dum ordenamento plurilegislativo em que existem conflitos interpessoais ("diversos sistemas de normas para diferentes categorias de pessoas"), seja qual for o elemento ou factor de conexão em virtude do qual esse ordenamento é designado como o competente
- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- aplicação do direito interno do ordenamento plurilegislativo
  - aplicação das normas de direito material relativas a uma mesma "categoria de pessoas" (p. ex.: normas relativas ao casamento de duas pessoas da mesma religião) → neste caso, não há conflito interpessoal, pois os interessados pertencem à mesma "categoria de pessoas"
  - aplicação de eventuais normas de aplicação necessária ou imediata que regulem certas situações em que há conflito interpessoal (p. ex.: normas que regulem o casamento entre duas pessoas de religiões diferentes) [v. supra, nº 10/III/A)]
  - aplicação de eventuais normas de conflitos interpessoais que permitam determinar o(s) direito(s) aplicável(is) a certas situações em que há conflito interpessoal (p. ex.: normas de conflitos que determinem, no caso de casamento entre uma pessoa da religião x e outra da religião y, a aplicação das leis x e y, ou a aplicação das leis x ou y)
- eventualidade da aplicação, por analogia, do disposto no CC art. 23º/2 I, no caso de impossibilidade de determinação do direito aplicável [v. infra, nº 18/V]

C) Referência a um ordenamento jurídico plurilegislativo determinada por outros elementos ou factores de conexão

- aplica-se directa e imediatamente o direito local designado, pois o caso está expressamente excluído do âmbito do CC art 20º, que só se refere à nacionalidade
- (...)

Mestranda Correia

- (...)

- excepciona-se a hipótese de reenvio de segundo grau ou transmissão de competência desse direito local para outro sub-ordenamento (p. ex.: numa questão relativa a direitos reais sobre um imóvel situado na Califórnia, por força do CC art. 16º/1 aplica-se o direito da Califórnia, sem passar pelo CC art. 20º, salvo se o dito direito remeter para a lei do Texas, caso em que será aplicada esta última)

- esta posição parece a mais certa, a mais segura, e sobretudo a mais prática, além de corresponder à "ratio legis" do CC art. 20º

17. O PRINCÍPIO DA MAIOR PROXIMIDADE

I — Ideia fundamental

- ZITELMANN → sendo um conjunto de bens e direitos concebido unitária ("sub specie universitatis") pela lei mais apropriada para o reger (e, desde logo, pelo DIP do foro), há no entanto que distrair da universalidade todos aqueles elementos que a ela não pertençam, segundo o estatuto próprio de cada um

- a "lex fori" concebe determinado conjunto de bens e direitos (p. ex.: a herança) unitária e por isso manda-o reger por uma única lei (a lei pessoal do "de cujus"), que comunga da mesma ideia; no entanto, alguns dos elementos da universalidade estão sujeitos, de facto, a uma ordem jurídica (a do Estado da respectiva situação) que não perfilha (pelo menos, não inteira) a referida concepção unitária → (NB) há que destacar tais elementos da universalidade para que tenham a sorte que lhes compete segundo o estatuto que os domina: a lei pessoal (estatuto do todo) abdica da sua competência perante a competência mais forte da lei da situação (estatuto da parte), ou seja, é o próprio DIP do foro que abdica

Mendonça Correia

II — Acepções do princípio da maior proximidade

A) Acepção restrita

- LEWALD, KEGEL → a lei reguladora dum património (seja a herança, seja o património do incapaz ou o dos cônjuges) cederá a 1ª competência à do Estado da situação de coisas certas e determinadas, se estas coisas estiverem sujeitas nesse Estado (por motivos de política económica ou semelhante) a um regime especial de direito material, um "ius singulare" (p. ex.: o fideicomisso)

B) Acepção ampla

- são dois os casos em que se deve aceitar a abdicação de competência por parte da lei pessoal em favor da lei da situação: o primeiro verifica-se quando esta última lei submete certos elementos do património a um regime especial de direito material, e o segundo quando a "lex rei sitae" organiza para os bens imóveis uma regulamentação especial de DIP

- não interessa, pois, para admitir a competência da lei da situação, que a natureza (i)mobiliária dos bens tenha algum relevo no plano do direito material: basta que seja relevante para efeitos das regras de conflitos

- notar, porém, que se dará aplicação à "lex rei sitae" se esta se considerar competente por esse título → se a "lex sitae" se considera aplicável, não como tal mas, p. ex., como lei do último domicílio do hereditando (por ser para ela o domicílio do hereditando o elemento de conexão aqui relevante, ao passo que para a "lex fori" esse elemento é a última nacionalidade), a lei designada pelo DIP do foro para regular toda a sucessão continuará a ser a única competente

Mariana Canedo

III — Posição adoptada

A) Quanto à acepção restrita

- trata-se de patrimónios dentro dum património, de bens separados dentro do património geral a que pertencem, bens unificados pela 2/ afectação a determinado escopo, donde decorre que lhes seja aplicável um regime jurídico especial → aquela afectação e este regime, por 2/ turno, inspiram-se directa/ em razões que tornam indesrogáveis para o respectivo Estado

- reconhecer, como é devido, a preponderância dessas razões é admitir implícita/ a aplicabilidade das normas por elas inspiradas (sem excepção daquela que diga respeito, p. ex., à transmissão "mortis causa" do bem), é reconhecer nessa medida a competência da "lex rei sitae"

- vale aqui uma ideia de maior razoabilidade ou justiça, mais do que uma ideia de maior proximidade → acresce que a norma consignadora desta doutrina mal chegará a perturbar a harmonia do sistema, pois o 2/ campo de aplicação será muito restrito

B) Quanto à acepção ampla

- o fundamento desta doutrina consiste na consideração de que, se os tribunais locais decidem um pleito hereditário, um problema de relações patrimoniais entre cônjuges, etc., à luz da lei pessoal, ignorando os preceitos da lei do Estado da situação dos bens imóveis ou dalguns deles, e esta lei se considera exclusiva/ aplicável na matéria, aquela decisão estará antecipada/ condenada a não passar de letra morta

- (...)

Mestranda Correia

- (...)

- mas esta argumentação está longe de ser decisiva: começa logo por que a preconizada abdicação perante a "lex rei sitae", nos termos expostos, não constitui garantia segura do "exequatur" da sentença no Estado da situação → pode acontecer que esse Estado reserve duma modo exclusivo para os seus tribunais a competência jurisdicional na matéria

C) Conclusão

- não parece de admitir o princípio da maior proximidade ou mais forte competência nos termos da acepção ampla

- em rigor, não é esse o caminho apontado pelas razões (valiosas, aliás) que estão na base do princípio → onde essas razões lógico/condutoras é a entender que os tribunais locais deverão trocar a perspectiva do seu DIP pela da lei do Estado da situação, no caso (mas só no caso) de se apurar que tal mudança de perspectiva é condição ao mesmo tempo necessária e suficiente para assegurar às decisões pleno reconhecimento no referido Estado e, portanto, para lhes garantir aquela efectividade sem a qual as decisões judiciais perdem todo o sentido

IV — Direito português

- o CC não contém nenhuma norma que directa/estatua, em termos gerais, sobre o tema → mas no art. 17º/3 encontra-se um afloramento ou consagração indirecta do princípio da maior proximidade; e o art. 47º faz dele uma aplicação directa, embora limitada

- deve ainda considerar-se válida, mesmo "de lege lata", a acepção restrita do princípio da maior proximidade [v. supra, III/A)] → poderá mesmo dizer-se que nas situações referidas as normas materiais em causa, dado o seu conteúdo, pertencem também ao âmbito do estatuto real pois modificam sensivelmente o conteúdo normal dos direitos sobre as coisas a que pretendem aplicar-se (⇒ competência "lex sitae")

Mendonça Correia

18. APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

I — O direito estrangeiro aplicável

- direito válido e vigente em determinado ordenamento, independentemente do reconhecimento político ou diplomático, por parte do Estado do foro, do Estado (ou da entidade jurídica relevante em Direito Internacional Público) de que emana esse direito
- necessidade eventual de recurso ao Direito Internacional Público para determinar qual o direito válido e vigente num certo ordenamento (p. ex.: governo revolucionário, governo no exílio, autoridades ocupante dum Estado)
- impossibilidade para o Estado do foro de ignorar ou recusar o direito válido e vigente num certo ordenamento, salvo no caso de funcionar em concreto a reserva de ordem pública internacional (p. ex.: após a Revolução de 1917, os tribunais de vários países ocidentais recusaram-se a aplicar o direito soviético invocando esta reserva, mas nunca poderiam aplicar o direito russo czarista revogado pela revolução)

II — Fontes do direito estrangeiro aplicável

- aplicação do direito estrangeiro de acordo com o seu próprio sistema de fontes formais → lei, costume (p. ex.: direito chinês), jurisprudência (p. ex.: direitos anglo-saxónicos), eventualmente doutrina
- controle da constitucionalidade de acordo com o ordenamento estrangeiro, se este o exigir e se for técnica/possível proceder a tal controle no ordenamento do foro

Mariana Correia

III — Interpretação e integração das lacunas do direito estrangeiro

- recurso aos critérios e aos métodos de interpretação e integração das lacunas do próprio ordenamento estrangeiro
- não aplicação do CC arts. 9º - 10º, mas sim dos preceitos correspondentes do ordenamento estrangeiro
- adopção, pelo tribunal do foro, da interpretação dada a uma norma estrangeira pela jurisprudência do ordenamento estrangeiro, ainda que tal norma esteja também em vigor no Estado do foro e tenha aí uma interpretação diferente
- (NB) é este o princípio estabelecido pelo CC art. 23º/1

IV — Conhecimento e prova do direito estrangeiro

A) Estatuto do direito estrangeiro

- em Portugal, não há um ónus de alegação e de prova do direito estrangeiro pelas partes: CC art. 348º/1 II/2
- há um dever das partes de colaborarem com o tribunal na determinação da existência e conteúdo do direito estrangeiro aplicável: CC art. 348º/1 I
- CC art. 348º/1 II/2 (conhecimento oficioso do direito estrangeiro pelo tribunal) ⇒ o direito estrangeiro aplicado pelos tribunais portugueses tem o estatuto de direito (e não de facto), pois a matéria de direito é de conhecimento oficioso pelos tribunais
- CPC art. 721º/2/3
  - o fundamento do recurso de revista é a violação da "lei substantiva" (nº 2)
  - (...)

Mendonça Carreira

- (...)
- CPC art. 721º/2/3

  - (...)
  - por "lei substantiva", entendem-se designadas as disposições genéricas de carácter substantivo emanadas dos órgãos de soberania estrangeiros (nº 3)
  - quanto ao costume estrangeiro (se for fonte de direito), põe-se a questão de saber se ele é considerado como direito ou como facto, porque não emanando dum órgão de soberania, a 2/ violação não é suscetível de fundamentar o recurso de revista [provavelmente em razão de os riscos de erro de interpretação ou de aplicação ou mesmo de determinação da norma aplicável (cfr. nº 2), serem maiores do que no caso das normas emanadas de órgãos de soberania] → ora, o costume estrangeiro deve ser considerado como autêntico direito e, como tal, é dever do órgão de aplicação do direito português conhecer oficiosamente da 1/ existência e conteúdo (cfr. CC art. 348º/1 II/2)

B) Convenções internacionais relativas à informação de direito estrangeiro

- Protocolo relativo à Comissão Internacional do Estado Civil (1950)
- Convenção Europeia no campo da informação sobre o direito estrangeiro (1968)
- Convenção sobre informação em matéria jurídica respeitante ao direito vigente e 2/ aplicação (1972)
- etc.

Mendonça Correia

V — Reconhecimento do conteúdo do direito estrangeiro

- se não é possível estabelecer directa o conteúdo da lei estrangeira aplicável, deve procurar-se conhecer esse direito indirectamente, recorrendo a presunções → (1) recurso aos princípios gerais do ordenamento estrangeiro; (2) recurso às disposições dentro ordenamento que se sabe ser semelhante ao sistema cujo direito se pretende conhecer, ou tê-lo influenciado em maior ou menor grau; (3) aplicação da lei antiga do ordenamento estrangeiro, na impossibilidade de determinar a lei nova; (4) etc.

- se nem através das presunções é possível obter o conhecimento do direito estrangeiro aplicável, recorrer-se-á à lei que for subsidiariamente competente (cfr. CC art. 23º/2 I) → exemplos: (1) se não for possível determinar a lei da nacionalidade do interessado para efeitos da regulamentação do estatuto pessoal (CC arts. 25º e 31º), recorrer-se-á à lei da residência habitual ou do domicílio legal (CC art. 32º/1), e, se não for possível determinar esta, ao disposto no CC art. 82º/2 (cfr. CC art. 32º/2); (2) se não for possível determinar a lei designada pelas partes em matéria de obrigações provenientes de negócios jurídicos (cfr. CC art. 41º/1), recorrer-se-á à lei indicada no CC art. 42º

- se nem directa nem indirectamente (através de presunções) for possível determinar o direito aplicável em via principal, nem em via subsidiária (cfr. CC art. 23º/2 I), então aplica-se, em última instância, o direito comum português (cfr. CC art. 348º/3) ⇒ o CC art. 23º/2 I tem, pois, precedência sobre o CC art. 348º/3

Mariana Correia

VI — Impossibilidade de determinar o elemento ou factor de conexão utilizado pela norma de conflitos (cfr. CC art. 23º/2 II)

- determinação da conexão mais provável → p. ex.: se um indivíduo tem a nacionalidade do Estado A ou do Estado B, deve adoptar-se a nacionalidade mais provável, antes de se recorrer à conexão subsidiária para regular uma questão do âmbito do estatuto pessoal (residência habitual) (cfr. CC arts. 31º/1 e 32º/1, combinados com o art. 25º)
- se por tal via não for possível uma solução, então recorrer-se-á à conexão "residência habitual" (CC art. 32º/1) em vez da "nacionalidade" (CC art. 31º/1); à conexão do CC art. 42º em vez da do CC art. 41º/1; etc.
- se nem assim for possível determinar os elementos de facto ou de direito de que depende a designação da lei aplicável (cfr. CC art. 23º/2 II), então recorrer-se-á ao direito comum português (cfr., neste sentido, o CC arts. 23º/2 II e 348º/3)

19 A ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

I — Caracterização da figura

A) Distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional

- ordem pública interna
  - conjunto de normas imperativas (injuntivas) inderrogáveis por vontade das partes (ius cogens)
  - a 1/ aplicação supõe uma relação jurídica interna ou uma relação privada internacional regulada pela lei material do foro
- (...)

Mariana Carreira

- (...)
- ordem pública internacional
  - limite à aplicabilidade das leis estrangeiras, em razão da sua desconformidade, em concreto, com princípios fundamentais do ordenamento jurídico do foro
  - supõe uma relação privada internacional regulada por uma lei estrangeira
  - (NB) tem carácter mais restrito que a ordem pública interna, porque só abrange os princípios ou normas desta que não devem ser postergados mesmo nas relações privadas internacionais reguladas por uma lei estrangeira
- (NB) ordem pública internacional = conceito indeterminado ou cláusula geral, concretizável "hic et nunc", pelo órgão de aplicação do direito

B) Concepções de ordem pública internacional

a) concepção aposteriorística
- a dominante, consagrada no CC art. 22º
- vê a ordem pública internacional como reserva, limite ou excepção à aplicação em concreto da lei estrangeira normal competente (concepção de SAVIGNY)

b) concepção apriorística
- a ordem pública internacional engloba as leis territoriais de garantia social, aplicáveis directa e imediatamente a todas as situações que tenham uma determinada ligação com a ordem jurídica do foro (concepção de MANCINI e de PILLET, o qual negava a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional)
- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- a ordem pública internacional não é uma excepção nem um limite, mas uma característica intrínseca de certas leis ou normas materiais do Estado do foro (leis de ordem pública)

- existência de certas cláusulas especiais de ordem pública → p. ex.: segundo a versão anterior do EGBGB art 17º, para uma acção de divórcio intentada no Estado do foro, o divórcio só podia ser decretado por um fundamento que fosse admitido pela lei nacional do marido no momento da propositura da acção e que também fosse reconhecido pela "lex fori"

- as normas de aplicação necessária ou imediata [v. supra, nºs 10/III/A)] → segundo FRANCESCAKIS, a existência destas normas restringe correlativamente o âmbito de intervenção da reserva de ordem pública internacional, pois elas precedem lógica e cronológicamente a aplicabilidade das leis estrangeiras; quanto mais as normas de aplicação necessária ou imediata forem aplicadas, tanto menos leis estrangeiras serão aplicadas, pelo que o campo de intervenção da reserva de ordem pública internacional ficará diminuído

- (NB) distinção entre normas de aplicação necessária ou imediata e cláusulas especiais de ordem pública → naquelas, aplica-se só a lei do foro e exclui-se a aplicação das leis estrangeiras; nestas, em certo sentido, aplica-se a lei do foro e a lei estrangeira

C) Características da ordem pública internacional

- (NB) a ordem pública internacional não pode definir-se pelo conteúdo, que é forçosamente impreciso e vago, mas só pela sua função

- excepcionalidade → limite, reserva, excepção à aplicação da lei estrangeira normalmente competente [v. supra, B)/a)]

- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- imprecisão ⟹ variabilidade da ordem pública no tempo, dentro das fronteiras do mesmo ordenamento jurídico ⟹ aferição da ofensa dos princípios de ordem pública internacional no momento do julgamento e não no momento da propositura da acção

- carácter nacional ⟹ variabilidade da ordem pública internacional no espaço, de ordenamento para ordenamento ⟹ o juiz tem de limitar-se a defender o "particularismo jurídico" do / próprio Estado, salvo na hipótese de se aderir à "foreign Court theory", porque então faz-se mister que o juiz da causa aplique o direito que aplicaria o juiz estrangeiro e o aplique exacto / como este o faria, i.e.: tendo em conta a ordem pública internacional do Estado desse juiz [v. supra, nº 13/III/B)]

D) Necessidade de delimitação do campo de actuação da ordem pública internacional

- não há nenhum juízo de (des)valor em relação à lei estrangeira normalmente competente, mas um juízo acerca da / compatibilidade, quando aplicada em concreto, com as concepções ético-jurídicas fundamentais da "lex fori"

- existência duma ligação, dum nexo entre a situação jurídica "sub judice" e a "lex fori", para intervenção em concreto da reserva de ordem pública internacional, a menos que se trate duma ofensa a princípios essenciais a toda a comunidade humana (escravatura, racismo, etc.), em que será suficiente que a situação seja submetida ao tribunal do foro, não sendo necessária uma conexão mais forte com a "lex fori"

- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- aplicação restritiva da ordem pública internacional ⇒ distinção entre situação a constituir e situação a reconhecer no Estado do foro e efeito atenuado da ordem pública internacional neste último caso ⟶ ex.: um divórcio que não poderia ser decretado em Portugal por não existir fundamento segundo a m/ lei, poderá ser reconhecido entre nós se foi decretado no estrangeiro [cfr. CPC art. 1096.º f)] porque a decisão ou sentença de divórcio não é em si contrária à ordem pública internacional portuguesa

E) Função da ordem pública internacional

- função neutralizante, impeditiva ou negativa ⇒ p. ex.: não decretar o divórcio possível segundo a lei estrangeira competente (cfr. CC arts. 55.º e 52.º), por fundamento não reconhecido na m/ lei

- função permissiva ou positiva ⇒ p. ex.: permitir o casamento em Portugal de duas pessoas de raças ou religiões diferentes, que não era possível segundo a lei estrangeira competente (cfr. CC arts. 49.º, 31.º/1 e 20.º/3)

II — (↓ CC art. 22.º: consequências da intervenção da reserva de ordem pública internacional

- intervenção em concreto, casuística, "hic et nunc", avaliação subjectiva do órgão de aplicação do direito (referência ao momento de "aplicação" no CC art. 22.º/1)

- caso de não existência de lacuna após intervenção do CC art. 22.º/1 (p. ex.: celebração em Portugal do casamento de duas pessoas de raças diferentes, impossível segundo a lei indicada no CC arts. 49.º, 31.º/1 e 20.º/3) ⇒ desnecessidade de se recorrer ao CC art. 22.º/2

- (...)

Mafalda Carneiro Carreira

- (...)
- caso de existência de lacuna após intervenção do CC art. 22º/1
  - recurso às normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente (CC art. 22º/2 I = "princípio do mínimo dano à lei estrangeira")
  - subsidiariamente, recurso às regras do DI interno (CC art. 22º/2 II)

20. A FRAUDE À LEI EM DIP

I — Caracterização da figura da fraude à lei em DIP

A) Características gerais

- noção geral de fraude à lei
  - ofensa indirecta ao preceituado numa disposição legal
  - não se confunde nem com a violação directa da lei nem com a simulação relativa (em que há dissimulação do negócio contra a lei)
- exemplificação: cfr. CC art. 877º
  - se o pai, A, vende ao filho, B, sem o consentimento dos outros filhos ⇒ violação directa
  - se o pai, A, faz passar a venda que fez ao filho, B, por uma doação ⇒ simulação relativa
  - se o pai, A, vende a um terceiro, C, que, por sua vez, vende a B ⇒ fraude à lei
- (NB) a fraude à lei em DIP é um caso particular da figura da fraude à lei, que se socorre do mecanismo específico do DIP, nomeada da norma de conflitos
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- exemplificação
  - no século passado, uma princesa francesa separou-se de pessoas e bens do 1/marido (o divórcio não era ainda admitido), naturalizando-se pouco depois na Alemanha: aqui, obtém o divórcio e logo volta a casar → postas perante os tribunais franceses as questões da validade do divórcio e do segundo casamento, a Cassação negou-se a reconhecê-los como válidos por terem envolvido fraude à lei francesa
- elementos da fraude
  - elemento subjectivo → intenção fraudulenta
  - elemento objectivo
    - actividade fraudatória → consiste na manipulação, com êxito, dum elemento ou factor de conexão
  - elemento de conexão
    - móvel → p. ex.: nacionalidade (CC arts. 25º e 31º), domicílio (CC arts. 25º e 32º/1 "in fine")
    - móvel, mas imobilizado → estatuto suspenso (CC arts. 62º e 31º)
    - imóvel, mas influenciável pela vontade do interessado → p. ex.: lugar da celebração dum negócio jurídico (cfr. CC art. 36º), de modo a tornar artificialmente aplicável uma lei que não era a lei competente, segundo a norma de conflitos
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- elementos de conexão
  - (...)
  - (NB) o objecto da fraude e o instrumento da fraude são, em DIP, as normas de conflitos → todavia, no fundo visa-se fugir à aplicação de certos preceitos de direito material, manipulando para o efeito os elementos ou factores de conexão das normas de conflitos, de modo a modificar o / conteúdo concreto (p. ex.: nacionalidade do Estado B em vez da nacionalidade do Estado A)

B) Doutrina da fraude à lei em DIP

a) doutrina de NIEDERER

- (NB) afasta a fraude à lei em DIP
- é o próprio legislador de DIP que indica às partes o caminho a seguir, através da adopção de normas de conflitos de leis
- por vezes, não se pode determinar qual a lei fraudada
- por uma razão de certeza e segurança jurídica, não se deve atribuir relevância à fraude à lei em DIP → aplicação do princípio "a fraude corrompe tudo", simples inelevância ou inoponibilidade das situações de facto ou de direito criadas fraudulentas?
- em qualquer caso, a figura não deve ter relevância, a menos que haja disposição expressa da lei nesse sentido → p. ex., no m/ direito, CC art. 21º

Mendonça Correia

b) doutrina de BARTIN

- (NB) a fraude à lei em DIP é um caso particular da figura da ordem pública internacional
- na ordem pública internacional trata-se da não aplicação da lei estrangeira em razão do seu conteúdo; na fraude à lei, essa não aplicação deriva das circunstâncias de facto
- irrelevância da fraude à lei estrangeira (assim: França, RFA)

c) crítica

- da primeira doutrina → (1) "de iure condito", a fraude releva em Portugal; (2) "de iure condendo", os argumentos referidos não são irrespondíveis, desde que se delimite com precisão a relevância e os efeitos (ou a sanção) da fraude à lei em DIP, como faz o legislador português no CC art. 21º
- da segunda doutrina → (1) cfr., em Portugal, o CC arts. 21º e 22º; (2) v. infra, C)

C) Distinção entre a fraude à lei e a ordem pública internacional

- (1) ordem pública internacional: não aplicação duma lei estrangeira competente, por ser inaceitável do ponto de vista da "lex fori"; (2) fraude à lei: a lei estrangeira não é inconciliável com a "lex fori"
- (1) ordem pública internacional: está em causa a justiça material; (2) fraude à lei: está em causa a justiça formal, do DIP
- (...)

Mendonça Correia

- (...)

- o problema da ordem pública internacional só pode pôr-se lógica e cronológicamente depois do problema da fraude à lei: (1) este surge no plano das normas de conflitos, (2) aquele surge no plano da aplicação do direito material

- (1) a ordem pública internacional só protege os interesses da "lex fori"; (2) a fraude à lei protege não só a "lex fori" mas também a lei estrangeira (NB) ∼ relevância da lei estrangeira

D) Delimitação negativa da figura da fraude à lei em DIP

- (NB) em que casos não há fraude à lei em DIP?

- se o interessado passar a viver sériamente no Estado da nova nacionalidade, quando é esse o elemento ou factor de conexão relevante manipulado com êxito pelo interessado

- se se pretende evitar evadir a aplicação duma norma material que não existe ⟹ p. ex.: A e B naturalizam-se franceses para se divorciarem, pensando que não havia divórcio em Portugal

- se se trata duma conexão falhada, i.e.: se o interessado não manipulou o elemento ou factor de conexão relevante, mas outro

- se não se conseguiu criar uma conexão relevante, em virtude da fraude, simulação ou reserva mental em relação à lei de que dependia a criação dessa conexão

- se, p. ex., uma sociedade tem a sede efectiva em determinado país, qualquer que tenha sido a intenção dos interessados ao escolher essa sede

- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- se, p. ex., se infringe o disposto no CC art. 41º/2 → só há fraude se se internacionalizar fraudulentamente um negócio puramente interno
- a imobilização do elemento ou factor de conexão (cfr., p. ex., CC art. 53º) é uma medida legislativa de protecção contra a fraude
- não há fraude se não houver intenção fraudulenta → p. ex.: casamento celebrado no estrangeiro "para dar nas vistas"

II — O CC art. 21º

- relevância da fraude à lei portuguesa ou à lei estrangeira no DIP português [v. supra, I/B)/b), e infra]
- consequências da fraude à lei em DIP
  - efeito restringido à aplicação das normas de conflitos ("na aplicação das normas de conflitos")
  - irrelevância, indisponibilidade ou ineficácia das situações de facto (p. ex.: mudança do lugar da celebração, CC art. 36º) ou de direito (p. ex.: mudança de nacionalidade, CC arts. 49º e 31º/1) criadas em fraude
  - exigência do elemento subjectivo ("intuito fraudulento") e do elemento objectivo ("as situações de facto ou de direito criadas")
  - não distinção entre fraude à "lex fori" e fraude à lei estrangeira
  - distinção entre a fraude à lei em DIP e a ordem pública internacional (CC arts. 21º e 22º) [v. supra, I/C)]

Mariana Correia

21. A ADAPTAÇÃO

I — A adaptação como operação de ajustamento de normas materiais ou de normas de conflitos

- de normas materiais
- de normas ou regras de conflitos

- adaptação e especialização ou fracionamento [v. supra, nº 10/I/B)/b)] → uma só relação jurídica pode ser regulada por várias leis (p. ex.: lei competente em matéria de capacidade das partes, de substância do negócio jurídico, de forma do mesmo, etc.), sendo necessária uma operação de ajustamento das normas materiais de cada lei, convocadas isoladamente (em relação ao todo sistemático que é o ordenamento em se inserem) pelas normas de conflitos do foro
- existência de relações ou questões jurídicas conexas (p. ex.: conflito entre o estatuto matrimonial e o estatuto sucessório) → necessidade de ajustamento das normas de conflitos cujo funcionamento, no caso concreto, é insatisfatório: a designação, como aplicáveis, de certas normas materiais dum sistema, que foram pensadas no quadro desse ordenamento em função da (ausência de) regulamentação no mesmo sistema doutra questão jurídica conexa (p. ex.: o direito inglês não contempla a situação do cônjuge sobrevivo em termos de regime de bens porque o faz através de normas sucessórias, enquanto que no direito sueco se passa o inverso) não quadra com a aplicação das normas materiais dentro sistema (= conflito positivo ou cúmulo jurídico de normas materiais aplicáveis, p. ex.: aplicação do regime matrimonial sueco e das disposições sucessórias a favor do cônjuge sobrevivo do direito inglês [v. supra, nº 10/I/B)/a)])

Mendonça Correia

II — Adaptação de normas materiais e de normas de conflitos

A) Exemplos de adaptação de normas materiais

- venda dum imóvel sito na RFA, sendo a "lex contractus" a lei portuguesa ⇒ como o estatuto real (CC art. 46º) é regulado pelo direito alemão e não existe neste sistema uma disposição idêntica à do CC art. 408º/1, sendo necessário um acto de inscrição no registo para se dar a transferência de propriedade, é preciso adaptar o CC art. 879º a) no sentido de esta disposição incluir a obrigação de transferência da propriedade ao comprador

- segundo a lei do país A, os filhos adoptivos são chamados à sucessão dos pais adoptantes e excluídos da sucessão dos pais naturais; segundo a lei do país B, os filhos adoptivos são chamados à sucessão dos pais naturais e excluídos da sucessão dos pais adoptivos; se um filho duma nacional de A for adoptado por um nacional de B, nada receberá a título sucessório, pois será excluído da sucessão dos pais naturais pela lei de A e da sucessão dos pais adoptivos pela lei de B ⇒ há que adaptar a lei reguladora da segunda sucessão, pois no momento em que se abre a primeira sucessão, não se pode saber com segurança que lei virá a ser chamada a regular a segunda (o CC arts. 62º e 31º/1 constituem um estatuto suspenso)

B) Exemplos de adaptação de normas de conflitos

- um tunisino, de estatuto pessoal israelita, bígamo, como lhe permitia a 1ª lei pessoal, posteriormente naturalizou-se francês, o que fez mudar a lei designada pelo DIP do foro (= francês) para regular as relações entre os cônjuges (cfr., em Portugal, o CC art. 52º); a 1ª segunda mulher pedem-lhe em França uma pensão de alimentos ⇒ há que adaptar a norma de conflitos, de modo a regular as relações entre os cônjuges pela lei nacional comum à data do casamento (estatuto fixo)

- [v. tb. supra, I, exemplo do cônjuge supérstite do direito inglês]

Mendonça Carreira

C) Apreciação

- qual das duas vias é preferível: a da adaptação das normas materiais ou a da adaptação das normas de conflitos?
- KEGEL → a directiva a seguir é a da lei do menor esforço, ou do mínimo dano causado às leis em presença, pesados os interesses do DIP [v. supra, nº 10]

III — Adaptação e conflito de qualificações

- [v. supra, nº 9-11]
- a adaptação refere-se a uma problemática mais vasta do que a do conflito de qualificações → nem sempre aquela deriva deste, como nos casos referidos supra, II/A)

IV — Classificação de KEGEL dos casos de adaptação

A) Casos "assim não pode ser"

- casos resultantes da justaposição defeituosa ou da mútua exclusão de normas materiais de proveniências diferentes
- exemplo → o primeiro caso visto supra, II/A)

B) Casos "assim não deve ser"

- casos em que, não obstante ser lógica, concebível a (não) aplicação simultânea das normas materiais de ordens jurídicas diferentes, haveria injustiça flagrante para os interessados se não houvesse adaptação (= "contradição normativa recíproca")
- exemplo → o segundo caso visto supra, II/A)

Mendonça Correia

V — Adaptação e ordem pública internacional

A) Concepção que pode levar a confundir a adaptação com a ordem pública internacional

- concepção segundo a qual, em caso de lacunas abertas pela intervenção da reserva de ordem pública internacional, pode haver problemas de adaptação de normas do ordenamento estrangeiro considerado competente (princípio do mínimo dano à lei estrangeira: CC art. 22º/2 I) [v. supra, nº 19/II]
- crítica → embora seja exacto que, em certos de lacunas abertas pela intervenção da ordem pública internacional, possa haver num momento posterior problemas de adaptação do ordenamento jurídico-material estrangeiro competente (princípio do mínimo dano à lei estrangeira), esta concepção parece poder levar a supor que a adaptação se dá apenas no plano das normas materiais (quando também pode existir no plano das normas de conflitos), que se trata dum problema de aplicação só de direito estrangeiro (quando a adaptação também pode incidir sobre normas materiais da "lex fori"): pode, pois, levar a confundir a raiz das duas questões, ordem pública internacional e adaptação

B) Concepção que distingue entre adaptação e ordem pública internacional

a) semelhanças entre as duas figuras

- ambas reportam-se à fase de aplicação das normas materiais, após o funcionamento das normas de conflitos, e visam essa aplicação, não em termos gerais, mas em função do caso concreto
- ambas, pois, actuam, não contra certas normas como tais, mas contra o resultado concreto da 1/ aplicação no caso concreto
- (...)

Mestranda Correia

- (...)

- ambas têm carácter de excepção em relação à lei normal/ competente

- em ambas há um momento irredutível/ subjectivo decisionista, por parte do orgão de aplicação do direito

- em ambas intervêm, em termos diferentes, considerações de justiça material, em ordem a temperar os resultados inconvenientes a que, em certos casos concretos, conduz a justiça predominante/ formal do DIP [v. supra, nº 4/I/A)]

b) diferenças entre as duas figuras

- (1) a ordem pública internacional limita a aplicação, em concreto, das normas materiais estrangeiras [v. supra, nº 19/I/B)/a), C)]; (2) a adaptação pode incidir sobre normas materiais da "lex fori" [v. adaptação do CC art. 879º a), supra, II/A)]

- (1) a ordem pública internacional implica uma "rejeição", no caso concreto, da aplicação da lei estrangeira normal/ competente, dada a desconformidade do resultado a que conduzia essa aplicação em relação a uma decisão que respeitasse os valores ético-jurídicos fundamentais do ordenamento do foro [v. supra, nº 19/I/ /A), D)]; (2) a ideia de "rejeição hoc sensu", no caso de aplicabilidade em concreto de normas materiais estrangeiras, não existe na adaptação

- (1) na ordem pública internacional está em causa a defesa dos valores de justiça material do ordenamento jurídico do foro [v. supra, nº 19/I/A), C), D)]; (2) na adaptação, trata-se duma falta de coordenação sistemática entre as normas materiais aplicáveis (da "lex fori" ou da lei estrangeira), não havendo qualquer referência particular aos valores de justiça material da "lex fori", mas sim à justiça material "tout court", que deve reinar igual/ nas relações jurídico-privadas internacionais

- (...)

Mendança Correia

- (...)

- (1) a ordem pública internacional só respeita directa à aplicação de normas materiais; (2) a adaptação pode incidir sobre normas de conflitos [v. supra, II/B)] → a adaptação é, em rigor, um problema de aplicação do direito de conflitos, e não um problema de aplicação do direito (material) estrangeiro

- a adaptação é, em regra, um problema lógica e cronológica anterior ao da ordem pública internacional → mas isto não exclui que, em certos casos de lacunas abertas pela intervenção da ordem pública internacional, possa haver num momento posterior problemas de adaptação do ordenamento jurídico-material estrangeiro competente (princípio do mínimo dano à lei estrangeira: CC art. 22º/2 I [v. supra, nº 19/II, 21/V/A)]

VI — Adaptação e conflito móvel

- o conflito móvel, porque coloca problemas de sucessão de estatutos [v. supra, nº 11], pode suscitar problemas de adaptação

- exemplos:
  - no caso do terceiro órgão, visto supra, II/B), há uma adaptação de norma de conflitos, de modo a regular as relações entre os cônjuges pela lei nacional comum à data do casamento → estatuto fixo: imobilização no tempo do elemento ou factor de conexão, com a consequente eliminação do conflito móvel
  - (...)

Mafalda Correia

- (...)
- exemplos
  - (...)
  - no caso duma senhora búlnula, em face da lei da nacionalidade de origem (lei suíça) ela não perdeu pelo segundo casamento o poder de administrar os bens dos filhos menores; mas em face da lei da nacionalidade "iure matrimonii" (lei italiana) perde-o, a menos que nele tenha sido expressa/mantida pelo conselho de família antes e na previsão do novo casamento ⇒ há que adaptar a lei da nacionalidade actual da interessada para substituir a cadmeidade de pleno direito pela atribuição ao conselho de família (que ela fará convocar) de poderes bastantes para decidir agora, já na constância do novo matrimónio, sobre a conveniência ou não de manter a búlnula na situação de administradora dos bens dos filhos do anterior casamento (ou dos poderes bastantes para pronunciar o restabelecimento dessa situação, se se entender que o efeito jurídico da perda da administração já se produziu)

RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

22. TIPOS DE EFEITOS DAS SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

- caso julgado → necessidade de revisão ou confirmação (CPC ant. 1094º/1)
- título executivo → necessidade de revisão (CPC ant. 49º/1)
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- efeitos constitutivos, extintivos ou modificativos: sentenças sobre o estado das pessoas (p. ex.: de divórcio, reconhecimento da filiação, adopção) → necessidade de revisão para a transcrição no Registo Civil (Cód Reg Civ art. 7º)
- efeitos secundários da sentença (como mero facto jurídico) → desnecessidade de revisão
- efeitos de meio de prova → desnecessidade de revisão (CPC art. 1094º/2)

23. Princípios substantivos sobre a revisão de sentenças estrangeiras

I — Soluções de Direito Comparado

- não reconhecimento das sentenças estrangeiras (Grécia, URSS)
- reconhecimento mediante reciprocidade (RFA)
- reconhecimento indirecto mediante nova acção (GB)
- reconhecimento "ipso iure", independente de revisão (França, para as sentenças sobre o estado das pessoas)
- reconhecimento por "exequatur", controle ou revisão
  - de mérito: controle da aplicação do direito ou, até, da matéria de facto (França, até 1964)
  - formal ou de delibação (Portugal, Itália)

Mendonça Correia

II — Solução do Direito Português

- revisão de sentenças estrangeiras (CPC arts. 1094º ss.)
  - revisão formal, em princípio → excepto nos casos do CPC art. 1096º g) (Controle da aplicação da lei portuguesa, competente segundo as normas de conflitos portuguesas, se se tratar duma sentença proferida contra português) e do CPC art. 771º c) (análise da matéria de facto: documento novo)
- desnecessidade de revisão no caso do CPC art. 1094º/2 (valor da sentença como simples meio de prova)

24. Condições necessárias para o reconhecimento

I — Condições directas: CPC art. 1096º

A) Autenticidade e inteligência da decisão: CPC art. 1096º a)

- autenticidade
  - o tribunal tem de adquirir a segurança de que está perante uma sentença verdadeira, de que o tribunal estrangeiro proferiu real a sentença submetida à revisão
  - é à lei do país sentenciador (não a portuguesa) que compete determinar os requisitos a que o documento há-de satisfazer para fazer prova plena da existência da sentença (mas cfr. CPC art. 540º)
- inteligibilidade
  - o tribunal não pode confirmar uma decisão de conteúdo ininteligível, cujo conteúdo não pode apreender-se
  - (...)

Mendança Correia

- (...)
- inteligibilidade
  - (...)
  - a primeira condição pode ser a tradução, em língua portuguesa, da decisão: CPC art. 140º
  - não basta a inteligibilidade formal: é também necessária a inteligibilidade real, o conhecimento exacto do acto de vontade incorporado na decisão ⇒ deve negar-se a confirmação quando a decisão seja obscura ou ambígua, i.e.: quando padeça dos vícios mencionados no CPC art. 669º a)
  - o tribunal não tem de averiguar e apreciar se existe ou não coerência lógica entre a decisão e os fundamentos

B) Trânsito em julgado: CPC art. 1096º b)

- o tribunal tem de reportar-se à noção de trânsito em julgado que existir na lei do país sentenciador
- embora a revisão seja pedida para o efeito de a sentença ser executada em Portugal, não deve ser concedida a confirmação quando se apure que, segundo a lei do país sentenciador, a sentença é insusceptível de execução embora ainda não tenha passado em julgado
- (NB) como o tribunal só deve negar oficiosamente a confirmação quando o exame do processo ou o conhecimento derivado do exercício da função o convencer de que falta algum dos requisitos exigidos no CPC art. 1096º b), c), d), e), segue-se que, não se verificando os casos apontados, presume-se que esses requisitos concorrem e que o requerente está dispensado de fazer a prova positiva e directa dos requisitos indicados (cfr. CPC art. 1101º)
- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- quanto às sentenças emanadas de processos de jurisdição voluntária, verifica-se o requisito do CPC art. 1096º b) se, segundo a lei do país sentenciador, concorrem as condições necessárias para que deva entender-se que tais sentenças passaram em julgado ou já não possam ser impugnadas por meio de recurso

C) Competência do tribunal: CPC art. 1096º c)

- a sentença deve provir de tribunal competente segundo as regras de conflitos de jurisdição da lei portuguesa, as quais são as ditadas no CPC arts. 65º e 65º-A
  - enunciado → como fazer funcionar estas regras, se elas só nos dizem quando é que os tribunais portugueses têm competência internacional e o que se trata de averiguar é se o tribunal estrangeiro sentenciador tinha competência internacional?
  - dúvida
    - doutrina da bilateralidade (defendida por FERRER CORREIA) → a intenção do legislador foi certa/determinar que a sentença confirmada provirá de tribunal estrangeiro incompetente, quando um tribunal português, colocado na situação daquele se achasia internacionalm incompetente, i.e.: o tribunal sentenciador é internacionalm competente se relativa a ele se verifiem qualquer dos requisitos que, segundo o CPC arts. 65º e 65º-A, decidem da competência internacional dos tribunais portugueses
    - (...)

Mendonça Correia

- (...)
- dívida
  - (...)
  - doutrina da unilateralidade atenuada (defendida por CASTRO MENDES) → colocando-nos no lugar do juiz que proferiu a sentença, temos de reconhecer que este, não devendo preocupar-se com o país onde porventura vá pedir-se a execução, só tem, quanto à competência internacional, de verificar se a tem segundo os princípios que informam a lei interna do 2/país ⇒ a competência do juiz estrangeiro deve ser verificada segundo esses princípios: é certo que esta doutrina leva, na prática, a renunciar ao controle da competência do juiz que proferiu a decisão, mas é de recomendar em países onde existe uma enumeração legal dos casos de competência exclusiva, como acontece em Portugal no CPC art. 65º-A [a que acresce a presunção vista em B)]

D) Litispendência e caso julgado: CPC art. 1096º d)

- deve ser negada a confirmação quando perante tribunal português está a correr ou já foi decidida acção idêntica à julgada pela sentença cuja revisão se pede, salvo se, antes de a acção ser proposta em Portugal, já havia sido intentada perante o tribunal estrangeiro
- o fenómeno da prevenção de jurisdição pressupõe caso de competência electiva, i.e.: que para a mesma acção são simultâneamente competentes dois tribunais diferentes → exs.: os das disposições constantes do CPC arts. 75º, 79º e 80º
- cfr. CPC art. 497º/3
  - esta art. declara irrelevante a pendência da causa perante jurisdição estrangeira ⇒ não pode ser atendida a excepção de litispendência quando a causa idêntica está em curso em tribunal estrangeiro
  - (...)

Mendonça Carreira

- (...)

- cfr. CPC art. 497º/3

- (...)

- não há contradição entre este art. e o CPC art. 1096º d) porque o domínio de aplicação não diferente

- assim, por força do CPC art. 497º/3, se em processo afecto a tribunal português se deduzir a excepção de litispendência com o fundamento de que a mesma acção está a correr perante tribunal estrangeiro, o juiz deve julgar improcedente a excepção, de modo que o processo deve seguir o seu curso, embora a acção tenha sido intentada primeiro perante tribunal estrangeiro

- mas se a acção intentada primeiro no tribunal estrangeiro for declarada procedente por sentença transitada em julgado e se pedir em Portugal a sua revisão e confirmação, ou era caso de competência electiva e a Relação deve confirmar a sentença, ou não era e a Relação deve negá-la

- - a pendência da causa perante jurisdição estrangeira não actua directa, não tem eficácia directa; mas pode vir a tê-la indirecta, se sobre a causa for proferida sentença com trânsito em julgado por tribunal internacional competente, que haja prevenido a jurisdição

Mendonça Correia

E) Citação do réu: CPC art. 1096º e)

- CPC art. 1096º e) I
  - princípio
    - é indispensável que o réu tenha sido citado devidamente ⇒ (1) necessidade da citação, (2) que a citação tenha sido feita segundo as formalidades legais
    - para se determinar se a citação foi feita com observância das formalidades legais, é à "lex fori" que deve atender-se, i.e.: à lei do lugar em que a citação se efectua
  - excepção
    - salvo tratando-se de causa para que a lei portuguesa dispensaria citação inicial
    - embora o princípio do contraditório seja uma garantia fundamental de defesa, há casos excepcionais em que a lei admite se tomem providências contra determinada pessoa sem que esta seja ouvida (CPC art. 3º II)
      → exs.: CPC arts. 391º, 404º
- CPC art. 1096º e) II
  - limitação à regra de que é a "lex fori" que determina a forma da citação ⇒ se o réu foi logo condenado por falta de oposição ao pedido, é indispensável que a citação tenha sido feita na 1ª própria pessoa
  - o CPC atribui à falta de contestação determinados efeitos (cfr. arts. 484º, 784º e 795º); mas para que se produzam exige-se que o réu tenha sido citado na 1ª pessoa
  - (...)

Mendonça Correia

- (...)
- CPC art. 1096º e) II
  - (...)
  - a lei portuguesa só limita a aplicação da "lex fori" no tocante à exigência de citação pessoal; quanto à forma como a citação pessoal deve fazer-se, continua a reger a "lex fori"

F) Ordem pública: CPC art. 1096º f)

- deve ter-se como certo que a ordem pública a que se alude é a ordem pública internacional → trata-se evidentemente duma limitação à aplicação de leis estrangeiras, mesmo quando a aplicação se pretenda indirecta, através da execução de sentença estrangeira [v. supra, nº 19]
- questão importante é a de saber se o CPC art. 1096º f) deve ser interpretado no sentido de impedir a confirmação de sentença estrangeira não só quando a decisão, em si, ofenda os princípios da ordem pública internacional, como também quando os fundamentos em que a decisão se apoia contrariem esses princípios → o que importa, essencialmente, é que a situação criada pela sentença estrangeira não seja, em si mesma, contrária à ordem pública internacional: há que atender, portanto, à decisão em si, à situação que a decisão cria e estabelece, e não aos fundamentos em que assenta

G) Direito privado português: CPC art. 1096º g)

- requisitos
  - que a sentença tenha sido proferida contra português
  - que seja ofensiva das disposições do DPriv português
  - que a questão devesse ser resolvida por este direito
- (...)

Mestranda Coureia

- (...)

- revisão material ou de mérito

  - não basta o resultado, não interessa só a decisão: interessam igualmente os fundamentos ou as razões de decidir → o CPC art. 1096º g) quer que, devendo a questão ser resolvida segundo o DPriv português, se observem as disposições deste direito: é evidente que não se observam estas disposições quando, p. ex., se decreta um divórcio com fundamento em factos que a lei portuguesa não admite como causa de divórcio

  - não basta que o tribunal se contente com a conformidade formal dos fundamentos da sentença com as disposições do direito português; é indispensável que se certifique da conformidade real → se o tribunal de revisão se limitasse a verificar se o fundamento da sentença correspondia formalmente a qualquer dos fundamentos da lei portuguesa, o CPC art. 1096º g) representaria uma garantia insignificante para os cidadãos portugueses

  - é claro que o tribunal de revisão não se pode permitir quaisquer indagações sobre matéria de facto: tem de aceitar como exactos os factos que a sentença deu como provados → mas cumpre-lhe conhecer do tratamento jurídico a que esses factos deviam ser submetidos segundo o DPriv português: cumpre-lhe, portanto, apreciar se a qualificação jurídica dos factos feita pelo tribunal estrangeiro é aceitável perante a ordem jurídica portuguesa

Mendonça Correia

II — Condições indirectas (obstáculos): CPC art. 771º a), c), g)

A) CPC art. 771º a), c), g): fundamentos de oposição (obstáculos) ao pedido de revisão e confirmação da sentença estrangeira

- deste caso, o tribunal do "exequatur" só conhece quando oposto pela parte citada (argumento derivado do CPC arts. 1100º - 1101º)
- (NB) visto que os factos mencionados no CPC art. 771º a), c), g), funcionam, não como fundamento do recurso de revisão de sentença estrangeira, mas como motivo de oposição ao pedido de confirmação dessa sentença, o tribunal português, quando se invoquem os referidos factos, não vai rever a sentença estrangeira para a substituir por outra: vai única e verificar se os ditos factos estão provados, para em caso afirmativo recusar o "exequatur"

B) Dolo do juiz: CPC art. 771º a)

- o citado alega que a sentença estrangeira não pode ser confirmada, porque foi proferida por peita, suborno, corrupção ou prevaricação
- a alegação tem de ser provada imediatamente pela junção de documento que certifique o facto: o documento há-de consistir em certidão de sentença passada em julgado em processo penal

C) Documento novo: CPC art. 771º c)

- o citado opõe-se à confirmação com o fundamento de que apareceu documento novo, suficiente, por si só, para destruir a prova em que a sentença se fundou → tem de apresentar esse documento e de mostrar que é novo, i. e.: que não podia tê-lo apresentado no processo em que foi proferida a sentença a rever e confirmar
- a Relação terá de examinar e apreciar: (1) se se trata realmente de documento novo, de documento de que a parte não dispusesse nem tivesse conhecimento na pendência do processo de que emanou a sentença; (2) se o documento é, na verdade, suficiente por si só para destruir a prova em que a sentença se fundou ~ (NB) revisão de mérito

Mencança Correia

D) (Defesa de caso julgado: CPC art. 771º g))

a) ideia geral

- a parte citada opõe-se à confirmação com o fundamento de que a sentença estrangeira é contrária a outra que constitui caso julgado para as partes, formado anteriormente
- o oponente há-de apresentar certidão da sentença que constitua para as partes caso julgado anterior e há-de, além disso, provar que não teve conhecimento desse caso julgado enquanto o processo estava pendente

b) cfr. com o CPC art. 1096º d) [v. supra, I/D)]

- o CPC art. 1096º d) pressupõe dois requisitos: (1) competência electiva, (2) prevenção de jurisdição ⇒ se foi o tribunal português que preveniu a jurisdição, a sentença estrangeira não pode ser confirmada, quer a acção já tenha sido julgada pelo tribunal português, quer ainda esteja pendente
- se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição, o facto de estar pendente ou de já ter sido julgada a mesma acção pelo tribunal português não obsta à confirmação
- assim, o caso julgado anterior, formado em Portugal, não pode ser alegado como fundamento de oposição à confirmação da sentença, quando o tribunal estrangeiro era competente para a acção e preveniu a jurisdição
- (...)

- doutrina de ALBERTO DOS REIS

- (...)

Mendonça Correia

- (...)
- doutrina de ALBERTO DOS REIS
  - se a mesma acção foi proposta em tribunal português e em tribunal estrangeiro, mas este não era o competente segundo as regras de conflitos de jurisdição da lei portuguesa, então opera o CPC art. 1096.º c) e a confirmação será negada
- doutrina de FERRER CORREIA
  - pode alegar-se como fundamento de oposição o caso julgado anterior, constituído por sentença portuguesa, mesmo quando se trate de competência electiva e de prevenção de jurisdição por parte do tribunal estrangeiro
  - esta doutrina funda-se em que, no caso do CPC art. 1096.º d) há que atender ao momento da propositura da acção, ao passo que no caso do CPC art. 771.º g) tem de atender-se ao momento em que foi proferida a sentença (melhor: ao momento em que a sentença transitou em julgado)
- crítica
  - não parece aceitável a segunda doutrina → nos termos do CPC art. 1096.º d), se o tribunal estrangeiro era competente e previniu a jurisdição, a confirmação não pode ser negada, a título de que existe uma sentença passada em julgado, proferida por tribunal português; a circunstância de o caso julgado português ser anterior ao caso julgado estrangeiro não conta nesta hipótese
  - (...)

Mendonça Correia

- (...)

- (...)

- suponha-se que a mesma acção foi proposta perante tribunal português incompetente e perante tribunal estrangeiro competente: não se alegou a excepção de incompetência na acção em curso perante o tribunal português, nem o tribunal conheceu dela oficiosamente, podendo fazê-lo; a acção foi julgada procedente e a sentença transitou em julgado antes de findo o processo instaurado em tribunal estrangeiro; requere-se mais tarde a confirmação em Portugal da sentença estrangeira, contrária à sentença portuguesa; o citado invoca como fundamento de oposição o caso julgado português e pessoa que não teve conhecimento dele enquanto esteve pendente a acção de forma a sentença a confirmar ⟶ "quid iuris?"

- crítica

- ora, o CPC art. 771º g), mandado aplicar pelo CPC art 1100º, impõe que se regule o "exequatur", por concorrerem todos os requisitos exigidos por essa alínea ⟶ parecerá estranho e chocante que não possa valer como fundamento de oposição o caso julgado anterior, constituído por sentença portuguesa emitida por tribunal competente, quando o tribunal estrangeiro tenha prevenido a jurisdição, e sirva de base à oposição o caso julgado constituído por sentença portuguesa proferida por tribunal incompetente

- todavia, a sentença proferida por tribunal incompetente vale o mesmo que a proferida por tribunal competente, se a incompetência não tiver sido suscitada e declarada enquanto o processo estava pendente ⟹ se, no caso do CPC art. 1096º d), o caso julgado anterior constituído por sentença portuguesa não serve de obstáculo à confirmação, isso resulta da circunstância de o tribunal estrangeiro ter prevenido a jurisdição

Mendonça Correia

c) cfr. com o CPC art. 498º

- pressuponde o caso julgado identidade de acções, por que lei há-de determinar-se se as acções são idênticas: pela lei portuguesa ou pela lei do tribunal sentenciador?

- a lei portuguesa não tem título nem qualidade para intervir se as duas sentenças são de tribunais estrangeiros → em tal caso, o tribunal de revisão reportar-se-á aos critérios da lei do país de que provém a sentença cuja confirmação se pede

- mas se contra a sentença a confirmar se invoca caso julgado anterior, constituído por sentença portuguesa, parece que a questão da identidade das acções deve ser resolvida segundo os critérios da lei portuguesa

REGRAS FUNDAMENTAIS DO DIP PORTUGUÊS -

25.

Mendonça Correia